

4) 의사표시의 존재와 그 해석

‘의사표시의 해석’은 사실인정과는 구별되는 ‘법률적 판단’의 영역에 속한다.³⁸⁷⁾

387) 대법원 2001. 3. 15. 선고 99다48948 전원합의체 판결; “의사표시와 관련하여, 당사자에 의하여 무엇이 표시되었는가 하는 점과 그것으로써 의도하려는 목적을 확정하는 것은 사실인정의 문제이고, 인정된 사실을 토대로 그것이 가지는 법률적 의미를 탐구 확정하는 것은 이른바 의사표시의 해석으로서, 이는 사실인정과는 구별되는

‘계약의 당사자’가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다.³⁸⁸⁾ 실제 계약체결자의 이름에 ‘외 ○인’을 부가한 경우 그 불특정인을 계약당사자로 인정할 ‘특별한 사정’의 인정 여부는 신중하게 판단해야 한다.³⁸⁹⁾

‘처분문서’는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상, 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한, 기재된 ‘문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정’하여야 하고(이러한 점을 감안하여 처분문서의 진정성립을 인정함에는 ‘신중’하여야 한다³⁹⁰⁾), 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 내심의 의사보다는 ‘외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사’로 해석한다.³⁹¹⁾ ‘문언의 객관적인 의미와 다르게 해석’함으로써 당사자 사

법률적 판단의 영역에 속하는 것이다. 그리고 어떤 목적을 위하여 한 당사자의 일련의 행위가 법률적으로 다듬어지지 아니한 탓으로 그것이 가지는 법률적 의미가 명확하지 아니한 경우에는 그것을 법률적인 관점에서 음미, 평가하여 그 법률적 의미가 무엇인가를 밝히는 것 역시 의사표시의 해석에 속한다.”

388) 대법원 2022. 12. 16. 선고 2022다245129 판결; “계약의 당사자가 누구인지는 계약에 관여한 당사자의 의사해석 문제이다. 당사자들의 의사가 일치하는 경우에는 그 의사에 따라 계약의 당사자를 확정해야 한다. 그러나 당사자들의 의사가 합치되지 않는 경우에는 의사표시 상대방의 관점에서 합리적인 사람이라면 누구를 계약의 당사자로 이해하였을 것인지를 기준으로 판단해야 한다. 일방 당사자가 대리인을 통하여 계약을 체결하는 경우에 있어서 계약의 상대방이 대리인을 통하여 본인과 사이에 계약을 체결하려는 데 의사가 일치하였다면 대리인의 대리권 존부 문제와는 무관하게 상대방과 본인이 그 계약의 당사자라고 할 것이다.”

389) 대법원 2023. 6. 15. 선고 2022다247422 판결; “실제 계약을 체결한 행위자가 자신의 이름은 특정하여 기재되 불특정인을 추가하는 방식으로 계약서상 당사자를 표시한 경우(즉, 실제 계약체결자의 이름에 ‘외 ○인’을 부가하는 형태), 그 계약서 자체에서 당사자로 특정할 수 있거나 상대방의 입장에서도 특정할 수 있는 특별한 사정이 인정될 수 있는 당사자만 계약당사자 지위를 인정할 수 있다. 계약당사자가 되면 계약으로 발생하는 권리·의무의 주체가 될 수 있다는 점에서 당사자 사이의 법률관계에 중대한 영향을 초래하는 것이고, 때로는 강행규정 등 법률상 제한규정의 적용을 잠탈하려는 탈법적 의도에 따른 법률효과가 부여될 수도 있음을 고려하여, 위 특별한 사정의 인정 여부는 신중하게 판단하여야 한다.”

390) 대법원 2015. 11. 26. 선고 2014다45317 판결(사문서의 진정성립에 관한 증명 방법에 관하여는 특별한 제한이 없으나 그 증명 방법은 신빙성이 있어야 하고, 증인의 증언에 의하여 그 진정성립을 인정하는 경우 그 신빙성 여부를 판단함에 있어서는 증언 내용의 합리성, 증인의 증언 태도, 다른 증거와의 합치 여부, 증인의 사건에 대한 이해관계, 당사자와의 관계 등을 종합적으로 검토하여야 한다).

391) ○ 대법원 2002. 2. 26. 선고 2000다48265 판결; “처분문서는 그 성립의 진정함이 인정되는 이상 법원은 그 기재 내용을 부인할 만한 분명하고도 수긍할 수 있는 반증이 없는 한 그 처분문서에 기재되어 있는 문언대로의 의사표시의 존재 및 내용을 인정하여야 하고, 당사자 사이에 계약의 해석을 둘러싸고 이견이 있어 처분문서에 나타난 당사자의 의사해석이 문제되는 경우에는 문언의 내용, 그와 같은 약정이 이루어진 동기와 경위, 약정에 의하여 달성하려는 목적, 당사자의 진정한 의사 등을 종합적으로 고찰하여 논리와 경험칙에 따라 합리적으로 해석하여야 하며, 만약 의사표시 해석에 있어서 당사자의 진정한 의사를 알 수 없다면, 의사표시의 요소가 되는 것은 표시행위로부터 추단되는 효과의사 즉, 표시상의 효과의사이고 표의자가 가지고 있던 내심적 효과의사가 아니므로, 당사자의 내심의 의사보다는 외부로 표시된 행위에 의하여 추단된 의사를 가지고 해석함이 상당하다.” [동일 취지] 단체협약과 같은 처분문서를 해석할 때에는 단체협약이 근로자의 근로조건을 유지·개선하고 복지를 증진하여 경제적·사회적 지위를 향상시킬 목적으로 근로자의 자주적 단체인 노동조합과 사용자 사이에 단체교섭을 통하여 이루어지는 것이므로, 명문의 규정을 근로자에게 불리하게 변형 해석해서는 안 된다(대법원 2020. 11. 26. 선고 2019다262193 판결).

○ 대법원 2019. 9. 10. 선고 2016다237691 판결; “계약당사자 사이에 어떠한 계약 내용을 처분문서인 서면으로 작성한 경우에는 서면에 사용된 문구에 구애받는 것은 아니지만 어디까지나 당사자 내심에 있는 의사가 어떠한 한지와 관계없이 서면의 기재 내용에 따라 당사자가 표시행위에 부여한 의미를 합리적으로 해석해야 한다. 이

이의 '법률관계에 중대한 영향'을 초래하는 경우에는 그 '문언의 내용을 더욱 엄격하게 해석'해야 하고,³⁹²⁾ 계약서에 표현된 당사자의 의사가 명백한데도 합리적인 근거 없이 계약서에 명시되지 않은 내용을 추가하는 것은 의사해석의 범위를 넘어선 것으로 허용될 수 없으며,³⁹³⁾ 당사자의 의사 해석이 문제 되는 경우에는 제반사정을 종합적으로 고려해서 '사회일반의 상식과 거래의 통념'에 따라 합리적으로 해석해야 한다.³⁹⁴⁾ 근로기준법상

경우 문언의 의미가 명확하다면 특별한 사정이 없는 한 문언대로 의사표시의 존재와 내용을 인정해야 한다.”
○ 대법원 2017. 2. 15. 선고 2014다19776 판결: “당사자들이 공통적으로 의사표시를 명확하게 인식하고 있다면, 그것이 당사자가 표시한 문언과 다르더라도 당사자들의 공통적인 인식에 따라 의사표시를 해석하여야 한다. 의사표시를 한 사람이 생각한 의미가 상대방이 생각한 의미와 다른 경우에는 의사표시를 수령한 상대방이 합리적인 사람이라면 표시된 내용을 어떻게 이해하였다고 볼 수 있는지를 고려하여 의사표시를 객관적·규범적으로 해석하여야 한다.”

○ 대법원 2021. 3. 25. 선고 2018다275017 판결: “계약 내용이 명확하지 않은 경우 계약서의 문언이 계약 해석의 출발점이지만, 당사자들 사이에 계약서의 문언과 다른 내용으로 의사가 합치된 경우 그 의사에 따라 계약이 성립한 것으로 해석하여야 한다. ... 계약서가 두 개의 언어본으로 작성된 경우 ... 두 언어본이 일치하는 않는 경우 당사자의 의사가 어느 한쪽을 따르기로 일치한 때에는 그에 따르고, 그렇지 않은 때에는 위에서 본 계약 해석 방법에 따라 그 내용을 확정해야 한다.”

392) 대법원 2022. 2. 10. 선고 2020다279951 판결; 피고 회사가 원고를 헬기조종사로 채용하면서 근로계약서에 근로계약기간을 1년으로 하되 '계약기간 만료 시까지 별도 합의가 없으면 기간만료일에 자동 연장한다.'는 조항을 두었는데, 피고가 계약기간 만료일 전 원고에게 근로계약기간이 만료될 예정이고 헬기조종사로서 필요한 직무상 역량미달로 근로계약 갱신이 불가능하다고 통보한 사안에서, 위 조항은 그 자체로 '근로계약기간이 만료하는 날까지 별도로 합의하지 않는 한 근로계약은 자동으로 연장된다.'는 의미임이 명확하고, 이와 달리 '원고가 근로계약기간 동안 항공종사자 자격을 유지함으로써 근로계약상 정해진 근로를 정상적으로 제공할 수 있다는 전제에서만 위 조항이 적용된다.'는 기재는 없는데, 근로계약서에 적혀 있지 않은 내용을 추가하는 것은 처분문서인 근로계약서 문언의 객관적인 의미에 반하고, 취업규칙에서 정한 기준보다 유리한 근로조건을 정한 개별 근로계약 부분은 유효하고 취업규칙에서 정한 기준에 우선하여 적용되므로, 피고의 취업규칙 등을 근거로 위 조항의 의미를 축소하여 해석해서는 안 되며, 근로계약기간 중 원고가 정상적으로 근로를 제공할 수 없는 상황이 되면 피고로서는 그러한 사정이 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도라고 인정되는 한 원고를 정당하게 해고할 수 있으므로, 위 조항을 위와 같은 의미라고 해석하더라도 근로계약 체결 당시의 당사자 의사에 부합하지 않는다고 단정할 수 없는 데도, 위 갱신거절을 피고의 원고에 대한 해고의 의사표시로 볼 수 있는지 여부는 별론으로 하고, 원심이 근로계약 기간 만료일 이후에 자동으로 연장되지 않았다고 판단한 것은 잘못이라고 한 사례.

393) 대법원 2021. 12. 30. 선고 2021다264420 판결; 신탁계약서의 '신탁기간이 만료된 이후에도 수탁자의 반대 의사 표시가 있지 않는 한, 실제의 신탁사무가 종료하기 전까지는 신탁계약은 종료하지 않고 유효하다.'라는 문구는 그 자체로 '신탁기간 만료 후 실제의 신탁사무가 종료하기 전까지는 수탁자가 반대하는 의사표시를 하지 않는 경우에 한하여 신탁계약이 존속한다.'는 의미가 명확하고, 달리 '수탁자가 반대하는 의사표시가 신탁기간 만료일부터 상당한 기간 내에 있어야 한다.'는 기재가 없으므로, 신탁관계의 종료 시점을 판단하면서 계약서에 기재되지도 않은 내용을 추가하는 것은 처분문서인 신탁계약서의 문언과 그로부터 알 수 있는 당사자의 명시적인 의사에 반한다고 한 예.

394) 대법원 2021. 11. 25. 선고 2018다260299 판결; 원·피고 간 물품공급계약에서 원고가 OEM 방식으로 제품을 생산하여 소외회사에 공급하기로 하면서 '원고는 피고의 제품구매자 정책에 따라 회수 등을 당함으로써 피고가 입은 손해를 배상해야 하고, 이 경우 회수되는 제품량의 2배에 해당하는 피고의 판매단가를 기준으로 손해액을 산정한다.'고 정하였는데, 소외회사가 식중독 사고 및 제품 일부의 하자 발생을 이유로 재고 전량을 반품한 사안에서, 위 조항은 개별 제품의 하자 존부와 관계없이 제품구매자인 소외 회사의 정책에 따라 회수 등을 당함으로써 피고가 입은 손해를 원고가 배상하도록 정한 것으로 볼 수 있으나, 회수 등의 근거가 되는 정책은 사회통념상 합리성을 가진 것이어야 하고, 그러한 요건을 갖추지 않은 조치에 대해서는 원고가 배상책임을 부담하지 않는다고 해석함이 타당하다고 한 다음, 소외회사는 제품 제조과정 문제로 식중독 사고가 발생하였고 제품 일부에 하자가 발견되었다는 전제에서 제품이 대량으로 유통되는 식품이라는 특성을 고려한 정책적 판단을 거쳐 재고 전량에 관한 반품을 결정하였으나, 제반 사정에 비추어 제품 제조과정 문제로 인한 식중독 사고나 일부 제품의 하자 발생 사실을 인정할 수 없는 이상 소외회사의 정책에 따른 반품은 부정확한 사실관계를 전제로 한 것으로서 사회통념상 합리성을 갖추지 못한 자의적인 조치이므로, 원고는 위 계약 조항에 따른 배상책임을 부담하지 않는

근로자 해당 여부, 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인지는 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 '실질'에 따라 판단해야 하고,³⁹⁵⁾ 일반의 매매계약인지 위탁매매계약인지 역시 계약의 명칭 또는 형식적인 문언을 떠나 그 실질을 중시하여 판단해야 한다.³⁹⁶⁾

당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 '중대한 책임'을 지우거나 권리를 포기하는 것과 같은 '중대한 불이익'을 부과하는 경우에는 그 문언의 내용을 '더욱 엄격하게 해석'하여야 하고,³⁹⁷⁾ 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 '부제소합의', '불상소

다고 한 사례. ◀ [동일 취지] 원고(매수인)와 피고(매도인) 사이의 주식매매계약에서, 매수인이 매도인을 상대로 주식매수를 청구하였는데도 매도인이 이에 불응한 경우 위약벌의 제재를 가할 수 있고, 계약 자체를 해제할 수도 있으며, 위약벌의 제재를 가하는 경우 더는 추가 청구를 할 수 없다고 규정한 사안에서, 위약벌 제재를 가한 이후 추가 청구를 할 수 없도록 한 것은 매수인의 주식매수청구에 대하여 매도인이 거부하는 경우 매수인이 매도인에게 위약벌 제재를 가하는 것을 선택함으로써 그와 관련한 분쟁을 최종적으로 종결하고자 하는 데 기인하는 것이지, 매수인의 주식매수청구를 매도인이 거부하는 것에 대하여 매수인이 이를 계약상 의무 위반으로 주장하면서 계약을 해제할 수 있는 권리까지 배제하는 근거로 볼 수는 없다고 판단한 다음, 주식매매계약상으로는 위약벌 제재를 가하는 방식의 권리행사나 계약해제 방식의 권리행사 방법 중 어느 한쪽에 우위를 두고 있다고 보기 어려우므로 그 권리를 부여받은 매수인이 그중 하나의 방법을 선택하여 이와 관련된 분쟁을 종결할 수 있도록 하는 것이 계약의 합리적인 해석 방법인데도, 매도인이 매수청구에 불응하는 경우 매수인은 우선적으로 위약벌 제재를 가하는 방식의 권리행사를 하여야 하고 매도인이 이 역시 불응하는 경우에 한하여 계약해제 방식의 권리행사를 할 수 있다고 본 원심에는 법리오해의 잘못이 있다고 한 사례(대법원 2022. 3. 17. 선고 2021다 231598 판결).

395) 대법원 2020. 4. 29. 선고 2018다263519 판결: "근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부는 계약의 형식과는 관계없이 실질에 있어서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 하고, 반대로 어떤 근로자에 대하여 누가 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담하는 사용자인가를 판단함에 있어서도 계약의 형식이나 관련 법규의 내용에 관계없이 실질적인 근로관계를 기준으로 하여야 한다. 의료인이 아닌 사람이 월급을 지급하기로 하고 의료인을 고용해 그 명의를 이용하여 개설한 의료기관인 이른바 '사무장 병원'에 있어서 비록 의료인 명의로 근로자와 근로계약이 체결되었더라도 의료인 아닌 사람과 근로자 사이에 실질적인 근로관계가 성립할 경우에는 의료인 아닌 사람이 근로자에 대하여 임금 및 퇴직금의 지급의무를 부담한다고 보아야 한다. 이는 이른바 사무장 병원의 운영 및 손익 등이 의료인 아닌 사람에게 귀속되도록 하는 내용의 의료인과 의료인 아닌 사람 사이의 약정이 강행법규인 의료법 제33조 제2항 위반으로 무효가 된다고 하여 달리 볼 것은 아니다."

396) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다31645 판결: "위탁매매라 함은 자기의 명의로 타인의 재산에 의하여 물품을 매수 또는 매도하고 보수를 받는 것으로서 명의와 재산의 분리를 본질로 한다. 그리고 어떠한 계약이 일반의 매매계약인지 위탁매매계약인지는 계약의 명칭 또는 형식적인 문언을 떠나 그 실질을 중시하여 판단하여야 한다. 이는 자기 명의로써, 그러나 타인의 재산으로 매매 아닌 행위를 영업으로 하는 이른바 준위탁매매(상법 제113조)에 있어서도 마찬가지이다."

397) ① 대법원 2021. 7. 21. 선고 2021다219116 판결(장신구 모델 촬영계약의 내용이 피고가 그의 의사결정에 따라 사진에 포함된 상품을 판매하는 동안이면 기간의 제한 없이 사진의 사용권을 갖는 것이라고 해석하는 것은 사진의 광범위한 유포 가능성에 비추어 원고의 사진에 관한 초상권을 사실상 박탈하여 원고에게 중대한 불이익을 부과하는 경우에 해당하므로, 그 사용 기간에 대한 명시적 약정 내지 그에 준하는 사정의 증명이 없는 한 제한 사정을 반영하여 거래상 상당한 범위 내로 한정된다고 보는 것이 합리적이라고 한 예). ② 대법원 2016. 12. 15. 선고 2016다238540 판결(소외인이 원고로부터 자금을 조달하여 피고회사가 추진하는 사업에 투자하고 약 2년 후에 원고와 피고회사가 위 투자금의 반환에 관하여 '피고회사는 원고로부터 투자금 명목으로 지급받았던 돈에 대하여 피고회사가 투자를 받을 경우 원고에게 즉시 최우선적으로 반환하고, 이자는 반환 시까지 연 5%를 지급하며, 만약 이를 어길 경우 피고회사는 기한의 이익을 상실하고 연 20%의 지연이자를 지급한다.'는 반환약정서를 작성한 사안에서, 원심처럼 '원고가 피고회사에 투자금을 송금한 날부터 연 20%의 지연이자를 지급할 의무가 있다'고 인정하는 것은 금전채무의 이행지체에 관하여 무거운 책임을 부과한 것으로서 위 문언의 내용을 엄격하게 해석할 필요가 있다 하여 파기한 예). ③ 대법원 2022. 3. 31. 선고 2019다226395 판결:

합의'의 경우, 표시된 문언의 내용이 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없으며,³⁹⁸⁾ 공사도급계약 종료에 따른 정산, 합명회사의 업무집행권한 상실에 관한 정관, 취업규칙, 채권가압류명령상 '가압류할 채권의 표시'처럼 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 경우에는 그들의 이해관계를 고려하여 신중하게 해석해야 한다.³⁹⁹⁾ '최대한 노력', '최대한 협조', '노력하여야 한다.'는 문구는, 법적으

'피고는 분양실적이 분양목표에 미달한 경우 분양대행계약을 해제 또는 해지할 수 있다. 분양대행계약의 해제 또는 해지로 피고에게 손해가 발생하는 경우 피고는 계약이 종료하면 원고에게 반환하여야 할 예치금에서 손해를 공제할 수 있다.'는 내용의 분양대행계약에 따라 원고가 부담하는 채무는 계약기간 내에 목표분양률을 달성하여 그 결과를 제공하여야 할 결과채무가 아니라 분양완료를 위하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 분양에 필요한 적절한 조치를 취하여 분양대행업무를 진행할 수단채무에 해당하므로, 비록 원고가 계약기간 내에 목표분양률을 달성하지 못하였더라도 그러한 결과판으로 곧바로 채무를 불이행하였다고 추정할 수는 없고, 원고가 부담하는 구체적인 주의의무의 존재와 위반 사실을 피고가 추가로 주장·증명하여야 한다고 한 예, ④ 면책조항은 이미 성립한 채무의 부담을 면하게 함으로써 상대방의 권리의무관계에 중대한 영향을 초래하게 되므로 이를 엄격하게 해석하여야 한다(대법원 2024. 2. 15. 선고 2019다272404 판결).

398) ○ 대법원 2019. 8. 14. 선고 2017다217151 판결: "부제소합의는 소송당사자에게 현법상 보장된 재판청구권의 포기나 같은 중대한 소송법상의 효과를 발생시키는 것이다. 이와 같이 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사를 해석할 때는 표시된 문언의 내용이 불분명하여 당사자의 의사해석에 관한 주장이 대립할 소지가 있고 나아가 당사자의 의사를 참작한 객관적·합리적 의사해석과 외부로 표시된 행위에 의하여 추단되는 당사자의 의사조차도 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없다. 그리고 권리의무의 주체인 당사자 간에서의 부제소합이라든가 당사자가 처분할 수 있는 특정된 법률관계에 관한 것으로서 그 합의 당시 각 당사자가 예상할 수 있는 상황에 관한 것이어야 유효하게 된다. ... 재판청구권을 구체적인 분쟁이 생기기 전에 미리 일률적으로 포기한 것으로서 부제소합의 제도의 취지에 위반되어 무효라고 할 것이다."

○ 대법원 2002. 10. 11. 선고 2000다17803 판결: "구체적인 사건의 소송 계속 중 그 소송 당사자 쌍방이 판결선고 전에 미리 상소하지 아니하기로 합의하였다면 그 판결은 선고와 동시에 확정되는 것이므로, 이러한 합의는 소송당사자에 대하여 상소권의 사전포기와 같은 중대한 소송법상의 효과가 발생하게 되는 것으로서 반드시 서면에 의하여야 할 것이며, 그 서면의 문언에 의하여 당사자 쌍방이 상소를 하지 아니한다는 취지가 명백하게 표현되어 있을 것을 요한다고 할 것이다. ... 불상소 합의와 같은 소송행위의 해석은 일반 실체법상의 법률행위와는 달리 내심의 의사가 아닌 철저한 표시주의와 외관주의에 따라 그 표시를 기준으로 하여야 하고 표시된 내용과 저촉되거나 모순되어서는 아니될 것이며, 다만 당해 소송제도의 목적과 당사자의 권리구제의 필요성 등을 고려할 때 그 소송행위에 관한 당사자의 주장 전체를 고찰하고 그 소송행위를 하는 당사자의 의사를 참작하여 객관적이고 합리적으로 소송행위를 해석할 필요는 있다고 할 것이다. 따라서 불상소의 합의처럼 그 합의의 존부 판단에 따라 당사자들 사이에 이해관계가 극명하게 갈리게 되는 소송행위에 관한 당사자의 의사해석에 있어서는, ... 불분명하다면, 가급적 소극적 입장에서 그러한 합의의 존재를 부정할 수밖에 없을 것이다."

399) ① 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다218379 판결: "공사도급계약에서 도급인이 수급인에게 지급하는 선금금의 반환에 관하여 수급인이 보증계약을 체결한 경우, 보증금 지급사유의 발생 및 범위는 당해 보증의 대상이 된 공사도급계약의 내용에 따라 판단하여야 한다. ... 공사도급계약의 종료에 따른 정산관계에 있어서는 각 미정산 선금금반환채권 및 기성공사대금채권에 대한 상호 대립하는 이해관계인들이 다수 존재하는 것이 보통이므로, 위와 같은 선금금의 정산방식에 관한 공사도급계약을 해석함에 있어 그들의 이해관계를 고려하여 신중을 기하여야 한다." ② 대법원 2015. 5. 29. 선고 2014다51541 판결: "합명회사의 사원은 회사채권자에 대하여 직접·연대·무한책임을 진다. 만약 다른 사원 또는 업무집행사원이 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반하는 경우에는 그로 인하여 자신의 책임이 발생·증대될 우려가 있으므로, 그 다른 사원 또는 업무집행사원을 업무집행에서 배제할 수 있는지 여부는 각 사원의 이해관계에 큰 영향을 미친다. 합명회사의 사원은 업무집행권한 상실제도를 통하여 업무집행에 현저히 부적합하거나 중대하게 의무를 위반한 사원이나 업무집행사원을 업무집행에서 배제함으로써 자신의 책임이 부담하게 발생·증대되는 것으로부터 자신을 보호할 수 있다. 따라서 업무집행권한 상실에 관한 정관이나 관련 법률 규정을 해석할 때에는 위와 같은 사원의 권리가 합리적 근거 없이 제한되지 않도록 신중하게 해석하여야 한다." ③ "업무집행사원이 업무를 집행함에 현저하게 부적합하거나 중대한 업무에 위반한 행위가 있는 때에는 출사원의 결의로써 업무집행권한을 상실하게 할 수 있다."는 합명회사의 정관 규정이 상법 제205조 제1항(업무집행사원의 권한상실신고)의 적용을 배제하는 규정이라고 본 원심을 파기

로는 의무를 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지이지만, '특별한 사정'이 인정되는 경우에는 법적으로 구속력이 있는 의무로 볼 수 있다.⁴⁰⁰⁾

하나의 계약에 포함되어 있는 개별 약정이 다수의 법률행위로 분리된 것으로 보아야 하는지는, '주관적'으로 다수의 법률행위로 분리할 수 있는 것으로 하겠다는 의사의 합치가 있는지, '객관적'으로 다수의 법률행위로 분리될 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여 결정해야 한다.⁴⁰¹⁾ 여러 개의 계약서가 순차로 작성되어 있는 경우, 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다.⁴⁰²⁾

계약당사자 쌍방이 계약의 전제나 기초가 되는 사항에 관하여 같은 내용으로 착오가 있고 이로 인하여 그에 관한 구체적 약정을 하지 아니하였다면, 당사자가 그러한 착오가 없을 때에 약정하였을 것으로 보이는 내용으로 당사자의 의사를 보충하여 계약을 해석할 수 있다.⁴⁰³⁾

한 사례. ④ 대법원 2022. 9. 29. 선고 2018다301527 판결; "취업규칙은 사용자가 그 근로자의 복무규율이나 근로조건의 기준을 정립하기 위하여 작성한 것으로서 노사 간의 집단적인 법률관계를 규정하는 법규범의 성격을 가지는데, 이러한 취업규칙의 성격에 비추어 취업규칙은 원칙적으로 그 객관적인 의미에 따라 해석하여야 하고, 문언의 객관적 의미를 벗어나는 해석은 신중하고 엄격하여야 한다." ⑤ 채권가압류명령상의 '가압류할 채권의 표시'에 기재된 문언은 제3채무자 보호를 위해 객관적으로 엄격하게 해석해야 하며, 그 의미가 불명확한 경우 그로 인한 불이익은 가압류 신청채권자에게 부담시키는 것이 타당하다(대법원 2011. 2. 10. 선고 2008다9952 판결).

400) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2018다223054 판결; "어떠한 의무를 부담하는 내용의 기재가 있는 문면에 '최대한 노력하겠습니다.', '최대한 협조한다.' 또는 '노력하여야 한다.'고 기재되어 있는 경우, 특별한 사정이 없는 한 당사자가 위와 같은 문구를 기재한 의미는 문면 그 자체로 볼 때 그러한 의무를 법적으로는 부담할 수 없지만 사정이 허락하는 한 그 이행을 사실상 하겠다는 취지로 해석함이 타당하다. 당사자가 그러한 표시행위에 의하여 나타내려고 한 의사는 그 문구를 포함한 전체의 문언을 고려하여 해석해야 하는데, 그러한 의무를 법률상 부담하겠다는 의사였다면 굳이 위와 같은 문구를 사용할 필요가 없고, 위와 같은 문구를 삽입하였다면 그 문구를 의미 없는 것으로 볼 수 없기 때문이다. 다만 계약서의 전체적인 문구 내용, 계약의 체결 경위, 당사자가 계약을 체결함으로써 달성하려는 목적과 진정한 의사, 당사자에게 의무가 부과되었다고 볼 경우 이행가능성이 있는 것인지 여부 등을 종합적으로 고려하여 당사자가 그러한 의무를 법률상 부담할 의사였다고 볼 만한 특별한 사정이 인정되는 경우에는 위와 같은 문구에도 불구하고 법적으로 구속력이 있는 의무로 보아야 한다." ⇨ "종속회사에 대한 지분비율을 현재와 같이 그대로 유지하도록 노력하여야 한다."라는 '주주 간 계약'의 문언에도 불구하고, 지분을 유지할 의무를 부담한다고 해석할 수 있는 '특별한 사정'이 인정된다 하여, 위 의무 불이행에 대한 채무불이행책임을 긍정한 예.

401) 대법원 2020. 5. 14. 선고 2016다12175 판결; 원심이, 이 사건 계약이 조합계약을 구성하는 부분과 별도로 보상금의 지급에 관한 계약으로 구성되어 있다고 보고 보상금 지급 부분만의 취소를 인정한 데 대하여, 대법원은, 이 사건 계약의 조합계약 부분과 보상금 지급 부분은 별도의 법률행위로 구분될 수 없는 하나의 법률행위로 보아야 하고, 두 부분으로 나누어 보상금 지급 부분만의 해제나 취소를 할 수는 없다고 한 예.

402) 대법원 2020. 12. 30. 선고 2017다17603 판결; "하나의 법률관계를 둘러싸고 각기 다른 내용을 정한 여러 개의 계약서가 순차로 작성되어 있는 경우 당사자가 그러한 계약서에 따른 법률관계나 우열관계를 명확하게 정하고 있다면 그와 같은 내용대로 효력이 발생한다. 그러나 여러 개의 계약서에 따른 법률관계 등이 명확히 정해져 있지 않다면 각각의 계약서에 정해져 있는 내용 중 서로 양립할 수 없는 부분에 관해서는 원칙적으로 나중에 작성된 계약서에서 정한 대로 계약 내용이 변경되었다고 해석하는 것이 합리적이다."

403) 여기서 보충되는 당사자의 의사는 당사자의 실제 의사 또는 주관적 의사가 아니라 계약의 목적, 거래관행, 적용법규, 신의칙 등에 비추어 객관적으로 추인되는 정당한 이익조정 의사를 말한다(대법원 2023. 8. 18. 선고 2019다200126 판결).

‘목시적 의사표시’를 근거지우는 구체적 사실이 주요사실인지(주요사실설), 아니면 개개의 구체적 사실을 종합하여 추인되는 의사표시가 주요사실이고 근거사실은 간접사실에 불과한지(간접사실설)에 대하여 견해의 대립이 있으나, 판례는 후자의 입장이다.⁴⁰⁴⁾ 채권의 포기나 채무의 면제, 목시적 화해계약, 무권대표행위나 무효행위의 추인, 면책적 채무인수에 대한 채권자의 승낙, 계약 내용의 중요한 변경에 대한 상대방의 동의 등에 관한 목시적 의사표시의 인정은 엄격하고도 신중하게 하여야 한다.⁴⁰⁵⁾

5) 의사표시의 도달과 효력발생

상대방이 있는 의사표시(채권양도 통지·승인, 시효중단사유로서의 채무승인과 같은 판념의 통지 등 준법률행위에도 유추적용된다)의 효력을 주장하는 자는 ① ‘(표의자의 상대방에 대한) 의사표시의 존재’ 및 ② ‘의사표시의 (상대방에 대한) 도달’ 사실을 주장·증명하여야 한다(①은

404) 92다39334, 39341(“원심 인정의 간접사실만으로는 … 목시적으로 해지되었다고 추단하기에는 경험칙상 부족하다”), 98다17930(“원심이 … 간접사실들을 종합하여 … 목시적으로 합의해제되었 … 다고 본 … 판단은 모두 정당한 것으로 수긍이 가고”), 2001다7865(“계약인수에 대한 동의 내지 승낙의 목시적 의사표시를 인정한 근거로 삼은 간접사실들을 살펴보건대, … 동의 내지 승낙의 목시적 의사표시를 추단할 사정은 되지 못하고”) 등. ⇨ 의사의 명시적 표시와 목시적 표시는 표시가치의 대소에 의한 구별에 지나지 않으므로 둘을 굳이 달리 취급할 이유가 없다(민법주해 총칙 (2), 1992, 143면(송덕수 집필))는 점에서 판례의 견해가 옳다.

405) ○ 대법원 2021. 9. 9. 선고 2016다203933 판결; “화해계약이 성립하기 위해서는 분쟁이 된 법률관계에 관하여 당사자 쌍방이 서로 양보함으로써 분쟁을 끝내기로 하는 의사의 합치가 있어야 하는데, 화해계약이 성립한 이후에는 그 목적이 된 사항에 관하여 나중에 다시 이행을 구하는 등으로 다를 수 없는 것이 원칙이므로, 당사자가 한 행위나 의사표시의 해석을 통하여 목시적으로 그와 같은 의사의 합치가 있었다고 인정하기 위해서는 그 당시의 여러 사정을 종합적으로 참작하여 이를 엄격하게 해석하여야 한다. 따라서 당사자들이 분쟁을 인식하지 못한 상태에서 일방 당사자가 이행해야 할 채무액에 관하여 협의하였다거나 일방 당사자의 채무이행에 대해 상대방 당사자가 이의를 제기하지 않았다는 사정만으로는 목시적 화해계약이 성립하였다고 보기 어렵다.” ⇨ [동일 취지] ① 대법원 2020. 10. 15. 선고 2020다227523, 227530 판결; “채무의 면제는 반드시 명시적인 의사표시만에 의하여야 하는 것이 아니고 채권자의 어떠한 행위 내지 의사표시의 해석에 의하여 그것이 채권의 포기라고 볼 수 있는 경우에도 이를 인정하여야 하나, 그와 같이 인정하기 위해서는 당해 권리관계의 내용에 따라 이에 대한 채권자의 행위 내지 의사표시의 해석을 엄격히 하여 그 적용 여부를 결정하여야 한다.” ② 대법원 2015. 5. 29. 선고 2012다84370 판결; “임차인이 채무자인 임대인을 면책시키는 것은 그의 채권을 처분하는 행위이므로, 만약 임대보증금 반환채권의 회수가능성 등이 의문시되는 상황이라면 임차인의 어떠한 행위를 임대차보증금 반환채무의 면책적 인수에 대한 목시적 승낙의 의사표시에 해당한다고 쉽게 단정하여서는 아니 된다.”

○ 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다88543, 88550 판결; “계약 체결 후에 한쪽 당사자가 계약의 내용을 변경하고자 계약 내용과는 다른 사항이 포함된 문서를 상대방에게 송부하고 상대방이 이를 수령하고도 이의를 제기하지 않은 경우에 계약의 내용이 변경되었다고 보려면, 거래의 종류와 성질, 거래관행, 발송한 문서의 내용과 형식, 상대방의 태도 등에 비추어 상대방이 그 변경에 목시적으로 동의하였다고 볼 수 있어야 한다. 이때 변경되는 사항이 이미 체결된 계약의 내용을 중요하게 변경하는 결과를 초래하는 경우에는 위와 같은 목시적 동의를 쉽사리 인정해서는 안 된다.” ⇨ [동일 취지] ① 대법원 2018. 12. 27. 선고 2015다73098 판결; “당사자 일방이 주장하는 계약의 내용이 상대방에게 중대한 책임을 부과하게 되는 경우에는 더욱 엄격하게 해석하여야 할 것이다. 이러한 이치는 거동에 의한 목시적 법률행위에 있어서도 다르지 않다.” ② 대법원 2010. 12. 23. 선고 2009다37718 판결; “무권대표행위나 무효행위의 추인은 무권대표행위 등이 있음을 알고 그 행위의 효과를 자기에게 귀속시키도록 하는 단독행위로서 그 의사표시의 방법에 관하여 일정한 방식이 요구되는 것이 아니므로 명시적이든 목시적이든 묻지 않는다 할 것이지만, 목시적 추인을 인정하기 위해서는 본인이 그 행위로 처하게 된 법적 지위를 충분히 이해하고 그럼에도 진의에 기하여 그 행위의 결과가 자기에게 귀속된다는 것을 승인한 것으로 볼 만한 사정이 있어야 할 것이므로 이를 판단함에 있어서는 관계되는 여러 사정을 종합적으로 검토하여 신중하게 하여야 할 것이다.”

상대방이 있는 의사표시의 '성립요건'으로서 '발송·발신'을 말하고, ②는 그 '효력발생요건'에 해당한다).⁴⁰⁶⁾

여기서 '도달'이라 함은 '사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우'를 말한다.⁴⁰⁷⁾ 상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부한 경우에는 '수취 거부 시'에 의사표시의 효력이 생기고, 수취 거부의 '정당한 사유'에 관해서는 수취 거부한 상대방이 증명할 책임이 있다.⁴⁰⁸⁾

판례 중에는 내용증명·배달증명⁴⁰⁹⁾ 등의 등기취급우편에 의한 의사표시의 발송에 그

406) 민법 제111조(의사표시의 효력발생시기) ① 상대방이 있는 의사표시는 상대방에게 도달한 때에 그 효력이 생긴다. ② 의사표시자가 그 통지를 발송한 후 사망하거나 제한능력이 되어도 의사표시의 효력에 영향을 미치지 아니한다.

407) ㉠ 의사표시나 관념의 통지의 '도달'

○ 대법원 2008. 6. 12. 선고 2008다19973 판결: "계약의 해제와 같은 상대방 있는 의사표시는 그 통지가 상대방에게 도달한 때 효력이 생기는 것이고(민법 제111조 제1항), 여기서 도달이라 함은 사회통념상 상대방이 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 경우를 가리키는 것으로서, 상대방이 통지를 현실적으로 수령하거나 통지의 내용을 알 것까지는 필요로 하지 않는 것이므로, 상대방이 정당한 사유 없이 통지의 수령을 거절한 경우에는 상대방이 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 때에 의사표시의 효력이 생기는 것으로 보아야 한다."

○ 대법원 2010. 4. 15. 선고 2010다57 판결: "도달은 보다 탄력적인 개념으로서 송달장소나 수송달자 등의 면에서 (민사소송법상) 송달에서와 같은 엄격함은 요구되지 아니하며, 이에 송달장소 등에 관한 민사소송법의 규정을 유추적용할 것이 아니다. 따라서 채권양도의 통지는 민사소송법상의 송달에 관한 규정에서 송달장소로 정하는 채무자의 주소·거소·영업소 또는 사무소 등에 해당하지 아니하는 장소에서라도 채무자가 사회통념상 그 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써 족하다고 할 것이다."

ex 1. 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다77477 판결: 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지 빌딩 4층으로 배달되고, 국내등기 우편조회에 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 기재되어 있으며, 소외 1은 피고 조합에 배달되는 우편물을 수령하는 업무를 담당하였는데, 소외 1 부재 시에는 같은 장소에서 근무하는 피고 회사 직원인 소외 2가 대신 우편물을 수령하였다가 소외 1에게 전달한 사실관계를 위 법리에 비추어 보면, 피고 조합의 직원인 소외 1이 채권양도통지서를 수령한 것으로 보이고, 실령 피고 조합이 채권양도 통지서를 현실적으로 수령하지 않았다고 하더라도 채권양도통지서가 피고 조합의 주소지로 배달되었고, 피고 조합에게 전달되었을 가능성이 높은 점 등을 고려하면, 채권양도통지서는 사회통념상 채무자인 피고 조합이 그 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정됨으로써, 피고 조합에게 도달하였다고 봄이 상당하다고 판시.

ex 2. 대법원 1983. 8. 23. 선고 82다카439 판결: 채권양도의 통지서가 들어 있는 우편물을 채무자의 가정부가 수령한 직후 한집에 거주하고 있는 통지인인 채권자가 그 우편물을 바로 회수해 버렸다면 그 우편물의 내용이 무엇인지를 그 가정부가 알고 있었다는 등의 특별한 사정이 없었던 이상 그 채권양도의 통지는 사회관념상 채무자가 그 통지 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여 있는 것이라고 볼 수 없으므로 그 통지는 피고에게 도달하였다고 볼 수 없다고 한 예.

ex 3. 대법원 2012. 8. 17. 선고 2009두14965 판결: ① 금융기관이 고객의 예금계좌에 이자를 입금하면 예금주는 인터넷 뱅킹 등에 의한 잔액조회를 함으로써 그 사실을 확인할 수 있고 그에 대한 처분권도 취득하게 되므로 그로 인한 채무승인의 통지는 이자 입금 시점에 예금주에게 도달하게 되어 그 예금에 대한 소멸시효는 중단되었고, ② 금융기관이 시효기간이 지난 공제금 찾아주기 운동을 실시하여 각 영업장에 홍보용 포스터·안내문을 게시하고 인터넷 홈페이지에 홍보하며 언론에 보도되도록 하고, 공제계약자·수익자에 대하여 공제금을 찾아가라는 내용의 개별 안내서를 일괄하여 발송함으로써 공제계약자·수익자는 공제금에 대하여 금융기관이 시효이익을 포기하였음을 객관적으로 알 수 있는 상태에 놓였다고 한 사례.

408) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019두34630 판결: "상대방이 부당하게 등기취급 우편물의 수취를 거부함으로써 그 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태의 형성을 방해한 경우 그러한 상태가 형성되지 아니하였다는 사정만으로 발송인의 의사표시의 효력을 부정하는 것은 신의성실의 원칙에 반하므로 허용되지 아니한다. 이러한 경우에는 부당한 수취 거부가 없었더라면 상대방이 우편물의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓일 수 있었던 때, 즉 수취 거부 시에 의사표시의 효력이 생긴 것으로 보아야 한다. ... 우편물의 수취를 거부한 것에 정당한 사유가 있는지에 관해서는 수취 거부를 한 상대방이 이를 증명할 책임이 있다."

도달의 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, “우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다.”고 한 것도 있는데, 등기취급우편에 의한 발송 사실만으로 그 도달을 인정할 것이 아니라 송달장소, 수령인 등의 제반 사정을 종합하여 판단하여야 한다⁴¹⁰⁾(등기취급우편으로 ‘상대방의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소’에 발송한 사실이 인정되면, 우편법령 규정과 경험칙에 비추어 그 무렵 상대방에게 도달되었다고 사실상 추정할 수 있다고 봄이 옳다).⁴¹¹⁾

409) 내용증명은, ‘등기취급을 전제로 우체국창구 또는 정보통신망을 통하여 발송인이 수취인에게 어떤 내용의 문서를 언제 발송하였다는 사실을 우체국이 증명하는 우편물의 특수취급제도’이고, 배달증명은 ‘등기취급을 전제로 우편물의 배달일자 및 수취인을 배달우체국에서 증명하여 발송인에게 통지하는 특수취급제도’이다(우편법 시행규칙 제25조 제1항 제4호, 제1호).

410) ◎ 등기취급우편에 의한 의사표시의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정 여부

판례 중에는, “내용증명우편이나 등기우편과는 달리, 보통우편의 방법으로 발송되었다는 사실만으로는 그 우편물이 상당한 기간 내에 도달하였다고 추정할 수 없고, 송달의 효력을 주장하는 측에서 증거에 의하여 이를 입증하여야 한다.”(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20140 판결, 대법원 2002. 7. 26. 선고 2000다25002 판결; 보통우편의 발송으로는 도달의 추정 부정)고 하고, “의사표시가 기재된 내용증명 우편물이 발송되고 달리 반송되지 아니하였다면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 그 무렵에 송달되었다고 봄이 상당하다.”(대법원 2000. 10. 27. 선고 2000다20052 판결, 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다38322 판결; ‘내용증명 우편의 발송 + 미반송’ 사실로부터 송달 추정)거나, “(우편법 등 관계 규정의 취지에 비추어 볼 때) 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 반송되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아야 한다(대법원 2007. 12. 27. 선고 2007다51758 판결, 대법원 1992. 12. 11. 선고 92누13127 판결, 대법원 1992. 3. 27. 선고 91누3819 판결; ‘등기취급 우편의 발송’으로부터 배달 추정, 반송은 추정 배제의 특별한 사정에 포함)고 하여, ‘내용증명우편이나 등기우편’의 발송에 그 도달에 대한 사실상 추정력을 인정하는 것들이 있는 한편, 대법원 1997. 11. 25. 선고 97다31281 판결은, “우편법 소정의 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것이므로, 오히려 위와 같은 우편집배원의 진술이나 우편법 등의 규정을 들어 우편물의 수령인을 본인의 사무원 또는 고용인으로 추정할 수는 없다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 우편물이 피고의 주소나 사무소가 아닌 동업자의 사무소에서 그 신원이 분명치 않은 자에게 송달되었다는 사정만으로는 사회관념상 피고가 통지의 내용을 알 수 있는 객관적 상태에 놓여졌다고 인정할 수 없다”고 하였고, 대법원 1993. 11. 26. 선고 93누17478 판결은, “우편법 제31조, 제34조, 같은법 시행령 제42조, 제43조의 규정취지는 우편사업을 독점하고 있는 국가가 배달위탁을 받은 우편물의 배달방법을 구체적으로 명시하여 그 수탁업무의 한계를 명백히 한 것으로서 위 규정에 따라 우편물이 배달되면 우편물이 정당하게 교부된 것으로 인정하여 국가의 배달업무를 다하였다는 것일 뿐이지 우편물의 송달로써 달성하려고 하는 법률효과까지 발생하게 하는 것은 아니므로 위 규정에 따라 우편물이 배달되었다고 하여 ‘언제나’ 상대방 있는 의사표시의 통지가 상대방에게 도달하였다고 볼 수는 없다 할 것인바, ... 집배원으로부터 우편물을 수령한 빌딩건물경비원이 원고나 그 등거인 또는 고용인에게 위 청문서를 전달하였다고 볼 수 없는 이상 청문서가 원고에게 적법하게 송달되었다고 볼 수 없다”고 하였으며, 근자의 2010다57 판결, 2010다77477 판결도 내용증명 우편이나 등기우편에 의한 채권양도 통지 사실만으로 그 도달을 인정할 것이 아니라 제반 사정을 종합하여 도달 사실을 인정하였다. 등기취급우편에 의한 발송에 그 도달의 사실상 추정력을 인정한 91누3819 판결은 ‘등기우편으로 원고의 주소지로 발송한 이상 특단의 사정이 없는 한 위 서류는 그로부터 수일 내 원고나 원고의 가족 등에게 송달되었다고 봄이 상당하다’고 한 사례, 92누13127 판결은 ‘등기우편으로 원고의 주소지로 발송되었고, 그것이 반송되지 아니한 사안에서, 적법하게 원고에게 송달되었다’ 한 사례, 96다38322 판결은 ‘내용증명으로 최고서를 상대방의 영업소로 발송한 사안에서 그 무렵 도달되었다고 보는 것이 경험칙에 부합한다’고 한 사례이다.

411) ◎ 등기취급우편의 발송과 그 도달 간의 사실상 추정에 따른 공방구조

납세고지서 송달에 관한 아래 판결을 준칙으로 삼아 구체적으로 살펴보면, ① 표의자가 ‘등기취급우편으로 상대방의 주민등록지(법인등기부·사업자등록지·계약상 거주소)로 발송’한 사실(간접사실)을 증명하면, ‘상대방에게 도달’된 사실(요증사실)이 사실상 추정되고, ② 이에 대하여 상대방은 ‘주민등록지 등에서 실제로 거주하거나 영업하지 아니’한 사실(가출, 승선, 해외유학 등의 장기간 부재 사실 포함, 전제사실에 대한 반대사실) 또는 ‘반송’ 사실(요증사실에 대한 반대사실)에 대하여 반증으로 사실상 추정을 저지하면 되며, ③ 이에 표의자는 원래

의사표시에 관하여 상반된 이해관계가 있는 사무원·피용자·동거인 등은 본인을 위한 의사표시 수령권한이 부정된다.⁴¹²⁾

아파트 경비원이 우편물을 수취인 가구의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 수취인이 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수 없으나(우편함의 구조를 비롯하여 수취인이 우편물을 수취하였음을 추인할 만한 다른 특별한 사정이 더해져야 한다),⁴¹³⁾ 아파트의 주민들이 등기우편물

증명책임의 부담자로서 다시 돌아와 요건사실인 '적법한 도달' 사실(상대방이나 그 수령대행인이 직접 수령한 사실 또는 제3자 수령의 경우 그에게 송달수령의 권한이 위임된 사실)을 증명하여야 하는 공방구조가 되는 것으로 봄이 옳다.

대법원 1998. 2. 13. 선고 97누8977 판결; "우편법 제31조, 같은법시행령 제42조 제12항에 의하면, 우편물은 그 표면에 기재된 곳에 배달하는 것이고, 우편법시행령 제42조 제3항에 의하면 등기로 취급하는 우편물은 수취인·동거인(동일 직장에서 근무하는 자를 포함한다) 또는 제43조 제1호(동일 건축물 또는 동일 구내의 수취인에게 배달할 우편물로서 그 건축물 또는 구내의 관리사무소, 접수처 또는 관리인) 및 제5호(수취인이 동일집배구에 거주하는 자를 대리수령인으로 지정하여 배달우체국에 신고한 경우에는 그 대리수령인)의 규정에 의한 수령인으로부터 그 수령사실을 확인받고 배달하여야 하도록 규정하고 있으므로, 우편물이 등기취급의 방법으로 발송된 경우, 특별한 사정이 없는 한, 그 무렵 수취인에게 배달되었다고 보아도 좋을 것이다. 그러나 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 둔 경우에는 그 사실만으로써 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기는 어려울 뿐 아니라 수취인이 주민등록지에 실제로 거주하지 아니하는 경우에도 우편물이 수취인에게 도달하였다고 추정할 수는 없고, 따라서 이러한 경우에는 우편물의 도달사실을 과세관청이 입증해야 할 것이다. ... 수취인이나 그 가족이 주민등록지에 실제로 거주하고 있지 아니하면서 전입신고만을 해 두었고, 그 밖에 주민등록지 거주자에게 송달수령의 권한을 위임하였다고 보기 어려운 사정이 인정된다면, 등기우편으로 발송된 납세고지서가 반송된 사실이 인정되지 아니한다 하여 납세의무자에게 송달된 것이라고 볼 수는 없다 할 것이다."

412) 대법원 2016. 11. 10. 선고 2014다54366 판결; "보충송달제도는 본인 아닌 그의 사무원, 피용자 또는 동거인, 즉 수령대행인이 서류를 수령하여도 그의 지능과 객관적인 지위, 본인과 관계 등에 비추어 사회통념상 본인에게 그 서류를 전달할 것이라는 합리적인 기대를 전제로 한다. 그런데 본인과 수령대행인 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 때에는 수령대행인이 소송서류를 본인에게 전달할 것이라고 합리적으로 기대하기 어렵고, 이해가 대립하는 수령대행인이 본인을 대신하여 소송서류를 송달받는 것은 쌍방대리금지의 원칙에도 반하므로, 본인과 사이에 당해 소송에 관하여 이해의 대립 내지 상반된 이해관계가 있는 수령대행인에 대하여는 보충송달을 할 수 없다고 보아야 한다." ◀ 이는 동일한 수령대행인이 이해가 대립하는 소송당사자 쌍방을 대신하여 소송서류를 동시에 수령하는 경우에도 마찬가지여서, 그러한 보충송달은 무효이다 (대법원 2021. 3. 11. 선고 2020므11658 판결; 원·피고가 이혼한다는 내용의 화해권고결정 정본을 원·피고의 성년 자녀이자 동거인인 소외인이 원·피고를 대신하여 동시에 송달받은 사안).

413) 대법원 2006. 3. 24. 선고 2005다66411 판결; "아파트의 우편함에 우편물을 넣어 두었다고 하더라도 그 우편물이 분실되는 경우가 흔히 있고 통상 우편함에는 비단 보통의 우편물뿐만 아니라 광고전단 등도 아울러 투입되는 일이 많으며 우편함에 광고전단 등이 많이 쌓여 넘치게 되면 아파트의 청소를 담당하는 사람이 치워 버리기도 하는 현실에 비추어 볼 때, 우편물이 수취인 가구의 우편함에 투입되었다고 하더라도 그 우편물이 수취인의 수중에 들어가지 않을 가능성이 적지 않게 존재한다고 보아야 하고, 더욱이 이 사건의 경우 78세가량으로서 단독 세대주인 피고에게 우편물이 오는 일 자체가 흔치 않았기 때문에 아침 일찍 출근하였다가 밤늦게 퇴근하는 피고가 우편함을 수시로 살펴 우편물이 있는지 여부를 확인하였을 것으로는 보이지 않는데다가, 경비원 김○○도 피고에게 상숙채무발생통보서를 우편함에 넣어둔 사실을 따로 말하여 주지 아니하였던 점을 종합적으로 고려하여 볼 때, 특별히 피고의 아파트의 우편함에 자물쇠가 있어 우편물을 그 우편함에 투입하면 다른 사람이 쉽게 이를 꺼내 갈 수 없는 구조라거나, 그 우편함의 자물쇠가 설치되어 제대로 작동하고 있었으며 경비원 김○○이 위 상숙채무발생통보서를 다른 사람이 꺼낼 수 없도록 완전하게 넣었다는 등의 특별한 사정이 밝혀지지 아니하는 한, 경비원 김○○이 상숙채무발생통보서를 피고의 우편함에 투입하였다는 사실만으로 피고가 이를 실제로 수취하였다고 추단할 수는 없을 것이다." ▶ 원심이, 피고 거주 아파트 경비원이 원고 발송의 내용증명 통보서를 집배원으로부터 수령한 후 이를 피고의 우편함에 넣어 둔 경우, 피고가 자신의 아파트 우편함에 투입된 위 통보서를 받아 보지 못할 만한 다른 특별한 사정이 없는 이상 위 통보서는 피고에게 도달하여 피고가 그 내용을 지득하였다고 봄이 상당하다고 판단하였으나, 대법원은 이를 파기한 예.

등의 수령권한을 아파트 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 수 있는 경우에는 아파트의 경비원이 수령한 때에 송달되었다고 볼 수 있다.⁴¹⁴⁾

민법 제111조는 '임의규정'에 해당⁴¹⁵⁾하므로, '특약'에 근거하여 의사표시의 효력발생시기를 '도달'이 아닌 다른 시점으로 주장하는 자는 그 특약의 존재에 대한 증명책임을 진다.

발신주의를 취한 법규정⁴¹⁶⁾이 있는 경우,⁴¹⁷⁾ 그 적용을 위한 요건사실에 대한 주장·증명이 있어야 한다.⁴¹⁸⁾ 격지자 간의 계약은 승낙의 통지를 '발송'한 때에 성립한다(민법 제531조).

상대방 있는 의사표시가 상대방에게 도달하여 효력을 발생한 '후'에는⁴¹⁹⁾ 마음대로 이를 '철회'할 수 없음이 원칙이나(이미 행사되어 효력이 발생한 '형성권의 철회'는 형성권 및 상대방 있는 단독행위의 본질에 반하므로, 형성권을 행사하여 이미 법률효과가 발생한 후에는 그 일방적인 철회가 인정되지 않고,⁴²⁰⁾ 형성권의 소송상 행사 후 소취하나 부적법 각하, 실기한 공격방어방법으로서의 각하 등이 있는 경우 이미 발생한 사법상 효과에 아무런 영향을 미치지 않는다⁴²¹⁾), 예비적·가정적 성질을

414) 대법원 1998. 5. 15. 선고 98두3679 판결; '납세의무자가 거주하던 아파트에서는 통상 일반 우편물은 집배원이 아파트 경비실 부근에 설치되어 있는 세대별 우편함에 넣으면 아파트 거주자들이 이를 위 우편함에서 수거하여 가고, 등기우편물 등 특수우편물의 경우에는 집배원이 아파트 경비원에게 주면 아파트 경비원이 이를 거주자에게 전달하여 왔으며, 아파트의 주민들은 이러한 우편물 배달방법에 관하여 별다른 이익을 제기하지 아니하여 왔다면, 위 납세의무자 및 아파트의 주민들은 등기우편물 등의 수령권한을 아파트의 경비원에게 묵시적으로 위임한 것이라고 볼 것이므로, 아파트의 경비원이 납세고지서를 수령한 날, 납세고지서가 적법하게 납세의무자에게 송달되었다.'고 한 예.

415) 채권자가 채권양도의 통지를 하였으나 채무자가 변동된 주소의 신고의무를 게을리하는 등의 귀책사유로 인하여 위 통지를 수령하지 못한 경우 위 통지가 채무자에게 도달한 것으로 간주하기로 하는 합의는 유효하다(2006다41204).

416) 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무), 제67조(매도인의 공탁·경매 통지), 제88조(대리상의 통지의무), 제363조(주주총회의 소집통지), 제390조 ③(주식회사 이사회 소집통지), 민법 제15조(제한능력이자 능력이자 된 후 추인 여부의 확정), 제71조(사단법인 총회의 소집통지), 제131조(무권대리 본인의 추인 여부 확정), 제531조(격지자 간의 계약 성립시기) 등이 있다.

417) 대법원 2015. 11. 27. 선고 2014다44451 판결; "상고이유의 주장은, 사립학교법 제17조 제3항의 이사회 소집통지 기간은 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회 등의 소집통지와 같이 발송한 날을 기준으로 그 준수 여부를 판단하여야 한다는 것이다. 그런데 민법상 사단법인의 총회나 상법상 주주총회 및 이사회의 소집통지의 경우에는 법문에 명시적으로 통지를 발하거나 발송하도록 되어 있는 반면, 사립학교법 제17조 제3항의 경우에는 '통지하여야 한다'고 규정하고 있으므로, 민법 제111조 제1항이 정한 바에 따라 이사회 소집통지가 상대방에게 도달한 때를 기준으로 소집통지 기간의 준수 여부를 가려야 한다."

418) 대법원 2007. 5. 10. 선고 2007다4691 판결; "원심이 상법 제53조의 적용 여부에 관하여 명시적 판단은 하지 않았지만(피고들도 원심까지 상법 제53조가 적용되어야 한다는 주장을 한 바 없다)" ⇨ 상법 제53조(청약에 대한 낙부통지의무) 상인이 상시 거래관계에 있는 자로부터 그 영업부류에 속한 계약의 청약을 받은 때에는 지체없이 낙부의 통지를 발송하여야 한다. 이를 해태한 때에는 승낙한 것으로 본다.

419) 의사표시가 상대방에게 도달하기 '전'에는 그 철회가 가능하다(다만 철회의 의사표시가 먼저 도달하여야 한다).

420) 대법원 2014. 5. 29. 선고 2013다212295 판결; 사원의 지분을 압류한 채권자의 '사원 퇴사청구권'(= 상법 제224조 제1항 소정의 형성권) 행사로 퇴사의 효력이 발생한 후에는 사원 또는 채권자가 일방적으로 퇴사의 의사표시를 철회할 수 없고, 이는 퇴사의 효력이 발생한 후 사원이 그 채권자에게 채무를 변제한 경우에도 마찬가지라고 한 예.

421) © 소송상 형성권의 행사와 그 사법상 효과: 상계권 행사를 예외로 한 신병존설의 입장

피는 소송상 상계 항변은 상대방의 동의 없이 이를 철회할 수 있고,⁴²²⁾ 법인 이사 사임의 경우, 사임 의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 '특별한 사정'이 있거나, 정관에서 사임절차 등에 관하여 '특별한 규정'을 둔 경우에는, 사임 의사표시가 도달한 후라도 그 효력이 발생하기 전에 철회할 수 있다.⁴²³⁾

의사표시의 공시송달⁴²⁴⁾ 요건으로서 '과실 없이 ... 알지 못하는' 부분에 관한 증명책임의 소재에 대하여는 양론이 가능하다.⁴²⁵⁾

"상대방 '없는' 단독행위"인 '보험수익자 변경'은 그 의사표시가 객관적으로 확인되는 이상 보험자나 보험수익자에게 도달하지 않더라도 그 효과가 발생한다(다만, 보험자에게는 통지하지 않으면 대항할 수 없다(상법 제734조 ①)).⁴²⁶⁾

① 80다916; "원고가 피고에게 이 사건 매매계약의 존속과는 양립할 수 없는 위약금의 지급 청구를 하고, 그 소장이 피고에게 송달됨으로써 해제권을 행사하였다 할 것이고, 해제권은 형성권이므로 비록 그 후에 원고가 그 소송을 취하하였다 하여 위 해제권 행사의 효력에 아무런 영향도 미치지 않는다. ... 원심이 원고의 전소 제기를 피고의 해약 주장을 가정하여 제기하였다가 이를 다시 취하하였다는 이유로 피고의 위 계약해제의 항변을 배척하였음은 ... 위법이 있고" ② 2001다42080; 토지 임차인의 건물매수청구권 행사의 효력으로 매매가 성립하면 그 후 일방의 의사만으로 매수청구를 철회할 수 없으나, 1심에서 매수청구권을 행사하였다가 철회한 데 대하여 이를 상대방이 용인한 경우에는 2심에서 다시 행사할 수 있다고 한 예. ③ 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013다95964 판결; "소송상 방어방법으로서의 상계항변은 통상 그 수동채권의 존재가 확정되는 것을 전제로 하여 행하여지는 일종의 예비적 항변으로서 소송상 상계의 의사표시에 의해 확정적으로 그 효과가 발생하는 것이 아니라 당해 소송에서 수동채권의 존재 등 상계에 관한 법원의 실질적 판단이 이루어지는 경우에 비로소 실제법상 상계의 효과가 발생한다."

422) 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다23323 판결 참조.

423) 법인의 이사를 사임하는 행위는 상대방 있는 단독행위이므로 그 의사표시가 상대방에게 도달함과 동시에 그 효력을 발생하고, 그 의사표시가 효력을 발생한 후에는 마음대로 이를 철회할 수 없음이 원칙이나, 정관에서 이사의 사임절차나 사임의 의사표시의 효력발생시기 등에 관하여 특별한 규정을 둔 경우에는 사임의 의사표시가 법인의 대표자에게 도달하였다고 하더라도 곧바로 사임의 효력이 발생하는 것은 아니고 정관에서 정한 바에 따라 사임의 효력이 발생하므로, 이사가 사임의 의사표시를 하였더라도 정관에 따라 사임의 효력이 발생하기 전에는 그 사임의사를 자유롭게 철회할 수 있다(2007다17109). 학교법인의 이사도 법인에 대한 일반적인 사임의 의사표시에 의하여 법률관계를 종료시킬 수 있고, 그 의사표시는 수령권한 있는 기관에 도달됨으로써 바로 효력을 발생하며, 그 효력발생을 위하여 이사회 결의나 관할 관청의 승인이 있어야 하는 것은 아니나, 사임서 제시 당시 즉각적인 철회권유로 사임서 제출을 미루거나, 대표자에게 사표의 처리를 일임하거나, 사임서의 작성 일자를 제출일 이후로 기재한 경우 등 사임의사가 즉각적이라고 볼 수 없는 특별한 사정이 있을 경우에는 별도의 사임서 제출이나 대표자의 수리행위 등이 있어야 사임의 효력이 발생하고, 그 이전에 사임의사를 철회할 수 있다(2011두22334).

424) 민법 제113조(의사표시의 공시송달) 표의자가 과실 없이 상대방을 알지 못하거나 상대방의 소재를 알지 못하는 경우에는 의사표시는 민사소송법 공시송달의 규정에 의하여 송달할 수 있다.

425) 의사표시 도달의 효력을 다루는 '상대방'이 '표의자의 악의 또는 과실'을 주장·증명하여야 한다는 견해가 다수이고(민법주해 총칙(2), 1992, 622면(박영식 집필); 주석민법 총칙(2), 2010, 834면(박해성 집필)), 이는 일본 판례(최고재 소하 37. 4. 26. 판결)의 입장이기도 하나, 법 규정 형식상 '표의자'가 자신의 '선의·무과실'을 적법한 공시송달에 의한 의사표시 도달의 요건으로서 주장·증명하여야 한다고 봄이 옳다. 일본 민법은 제98조 제3항 '단서'에서 '표의자가 상대방을 알지 못하거나 그 소재를 알지 못하는 것에 관하여 과실이 있는 때에는 도달의 효력이 생기지 아니 한다.'라고 규정하여 '유과실'을 요건으로 한 '효력발생 장애사유'의 형식을 취하고 있어, 우리 민법과는 법 규정 형식을 달리하므로, 그 주장·증명책임의 소재에 관하여 달리 봄이 옳다.

426) 대법원 2020. 2. 27. 선고 2019다204869 판결; "보험계약자는 보험수익자를 변경할 권리가 있다(상법 제733조 제1항). 이러한 보험수익자 변경권은 형성권으로서 보험계약자가 보험자나 보험수익자의 동의를 받지 않고 자유로이 행사할 수 있고 그 행사에 의해 변경의 효력이 즉시 발생한다. 다만 보험계약자는 보험수익자를 변경한 후 보험자에 대하여 이를 통지하지 않으면 보험자에게 대항할 수 없다(상법 제734조 제1항). 이와 같은 보험수익

6) 대 리

가) 유권대리

(1) 요건사실

대리행위에 기초한⁴²⁷⁾ 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① ‘본인이 대리인에게 대리권을 수여한 사실’(=대리권 수여), ② ‘대리인이 그 권한 내에서 상대방과 계약을 체결한 사실’(=대리행위),⁴²⁸⁾ ③ ‘a 대리인이 계약 당시 본인을 위한 것임을 표시하였거나(=대리의 현명),⁴²⁹⁾ ④ 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었던(=상대방의 악의·과실)⁴³⁰⁾ 사실 또는 c 위 ②의 행위가 본인에게 상행위⁴³¹⁾인 사실’이다.

자 변경권의 법적 성질과 상법 규정의 해석에 비추어 보면, 보험수익자 변경은 상대방 없는 단독행위라고 볼이 타당하므로, 보험수익자 변경의 의사표시가 객관적으로 확인되는 이상 그러한 의사표시가 보험자나 보험수익자에게 도달하지 않았다고 하더라도 보험수익자 변경의 효과는 발생한다.” ㉠ 원고가 피고에게 보험금채권의 양도 및 그 양도통지절차의 이행을 청구함에 대하여, 2016. 12. 2.경 망인의 보험수익자 변경권 행사로 인해 보험수익자가 피고에서 원고로 변경되었고, 2017. 10. 8. 망인이 사망함에 따라 원고가 보험금채권을 취득하게 되었으므로, 위 청구는 소의 이익이 없어 부적법하다고 직권으로 판단하고, ‘망인의 단독상속인인 원고로서는 보험회사에 보험수익자가 피고에서 원고로 변경된 사실을 통지하면서 보험금의 지급을 청구할 수 있음’을 지적한 사례.

427) ◎ **대리행위의 주장책임**: 대리행위는 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당 사실에 속하므로 법원은 변론에서 당사자가 주장하지 않은 이상 이를 인정할 수 없으나, 그 주장은 반드시 명시적인 것이어야 하는 것은 아닐뿐더러 반드시 주장책임을 지는 당사자가 진술하여야 하는 것도 아니고 소송에서 쌍방 당사자 간에 제출된 소송자료를 통하여 심리가 됨으로써 그 주장의 존재를 인정하더라도 상대방에게 불의의 타격을 줄 우려가 없는 경우에는 그 대리행위의 주장은 있는 것으로 보아 이를 재판의 기초로 삼을 수도 있다(95다27998, 89다카15359). 다른 취지의 판시로는 97다39308(‘계약이 본인에 의하여 체결되었는가 또는 대리인에 의하여 체결되었는가는 간접사실에 불과하므로 원심이 당사자의 주장과 달리 대리인에 의하여 계약이 체결되었다고 사실인정하였다고 하여 그것이 위법하다고 볼 수는 없다’)이 있다. 계약의 근거를 대리권에 두고 있음에도 대리권이 아닌 다른 권한을 상정하여 청구의 당부를 판단하는 것도 변론주의의 한계를 벗어난 것이다(96다56122).

428) ① 99다37856: “대리가 적법하게 성립하기 위하여는 대리행위를 한 자, 즉 대리인이 본인을 대리할 권한을 가지고 그 대리권의 범위 내에서 법률행위를 하였음을 요하며, 부분의 경우에도 일상의 가사가 아닌 법률행위를 배우자를 대리하여 행함에 있어서는 별도로 대리권을 수여하는 수권행위가 필요한 것이지, 부부의 일방이 의식 불명의 상태에 있어 사회통념상 대리관계를 인정할 필요가 있다는 사정만으로 그 배우자가 당연히 채무의 부담행위를 포함한 모든 법률행위에 관하여 대리권을 갖는다고 볼 것은 아니다.” ② ‘의사 또는 관념의 통지’와 같은 준법률행위에 대하여도 대리에 관한 규정이 유추적용된다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결).

429) **민법 제114조(대리행위의 효력)** ① 대리인이 그 권한 내에서 본인을 위한 것임을 표시한 의사표시는 직접 본인에게 대하여 효력이 생긴다. ② 전항의 규정은 대리인에게 대한 제3자의 의사표시에 준용한다.

430) **민법 제115조(본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 행위)** 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니한 때에는 그 의사표시는 자기를 위한 것으로 본다. 그러나 상대방이 대리인으로서 한 것임을 알았거나 알 수 있었을 때에는 전조 제1항의 규정을 준용한다. ㉡ 현명주의 원칙

431) **상법 제48조(대리의 방식)** 상행위의 대리인이 본인을 위한 것임을 표시하지 아니하여도 그 행위는 본인에 대하여 효력이 있다. 그러나 상대방이 본인을 위한 것임을 알지 못한 때에는 대리인에 대하여도 이 이행의 청구를 할 수 있다. ㉢ **비현명주의** ① 2008다79340: “원칙적으로 대리행위는 본인을 위한 것임을 표시하여야 직접 본인에 대하여 효력이 생기는 것이고, 한편 민법상 조합의 경우 법인격이 없어 조합 자체가 본인이 될 수 없으므로, 이른바 조합대리에 있어서는 본인에 해당하는 모든 조합원을 위한 것임을 표시하여야 하나, 반드시 조합원 전원의 성명을 제시할 필요는 없고, 상대방이 알 수 있을 정도로 조합을 표시하는 것으로 충분하다고 할 것이다. 그리고 상법 제48조는 … 규정하고 있으므로, 조합대리에 있어도 그 법률행위가 조합에게 상행위가 되는 경우에는 조합을 위한 것임을 표시하지 않았다고 하더라도 그 법률행위의 효력은 본인인 조합원 전원에게 미친다고 보아야 할 것이다.” ㉣ 甲이 금전을 출자하면 乙이 골재 현장에서 골재를 생산하여 그 이익금을 50:50으로 나누어 분배하기로 하는 내용의 동업계약에서, 乙은 민법상 조합의 업무집행조합원에 해당한다고 볼 수 있고, 乙이 위 골재 현장의 터파기 및 부지 평탄작업에 투입될 중장비 등에 사용할 목적으로 유류를 공급받는 행위는 골재생

위 청구원인사실들로부터 ‘자기계약’이나 ‘쌍방대리’⁴³²⁾임이 드러나는 경우에는 추가적 청구원인사실로 ④ ‘본인의 허락’ 사실이 필요하다(④ 요건의 주장이 없으면 원고의 주장 자체로 이유 없게 된다).⁴³³⁾

대리행위 상대방(원고)이 본인(피고)을 상대로 대리행위에 기한 이행청구를 함에 대하여, 피고는 민법 제128조⁴³⁴⁾ 소정의 대리권 소멸(대리권의 원인된 법률관계의 종료 또는 수권행위의 철회 사실) 주장, 배임적 대리(대리인이 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 사실+원고의 악의·과실)^{435) 436)} 무효 주장 등으로 항변할 수 있다. 이에 대한 본인(피고)

산업을 영위하는 상인인 甲과 乙을 조합원으로 한 조합이 그 영업을 위하여 하는 행위로서 상법 제47조 제1항에 정한 보조적 상행위에 해당한다고 볼 여지가 충분하므로, 乙이 위 골재현장에 필요한 유류를 공급받으면서 그 상대방에게 조합을 위한 것임을 표시하지 아니하였다 하더라도 상법 제48조에 따라 그 유류공급계약의 효력은 본인인 조합원 전원에게 미친다고 한 사례. ② 94다41935; “소의 회사가 피고들과 이 사건 각 분양계약을 체결하면서 원고의 대리인임을 표시하였다고 볼 자료는 없지만, 소의 회사에게 위에서 본 바와 같이 원고를 대리할 권한이 있고, 이 사건 점포의 분양행위는 그 규모, 횟수, 분양기간 등에 비추어 볼 때 상법 제46조 제1호 소정의 부동산의 매매로서 본인인 원고의 상행위가 된다고 할 것이므로, 상법 제48조에 의하여 대리행위의 현명 여부에 불구하고 유효한 대리행위로서 그 효과는 본인인 원고에게 귀속된다.”

432) 민법 제124조(자기계약, 쌍방대리) 대리인은 본인의 허락이 없으면 본인을 위하여 자기와 법률행위를 하거나 동일한 법률행위에 관하여 당사자쌍방을 대리하지 못한다. 그러나 채무의 이행은 할 수 있다. ◀ 자기계약, 쌍방대리를 금지한 민법 제124조(본인과 대리인 간의 이해의 충돌이 있는 때에도 적용된다)를 위반하여 한 행위는 무권대리행위로서 무효이다(대법원 2018. 4. 12. 선고 2017다271070 판결). 친권에 복종하는 미성년자에게 이익만이 있는 경우에는 자기계약이나 쌍방대리가 되는 경우라도 유효하다(81다649). 해산한 법인이 해산 시 잔여재산이 지정한 자에게 귀속한다는 정관 규정에 따라 구체적으로 확정된 잔여재산이전의무의 이행으로서 잔여재산인 토지를 그 귀속권리자에게 이전하는 것은 채무의 이행에 불과하므로 그 귀속권리자의 대표자를 겸하고 있던 해산한 법인의 대표청산인에 의하여 잔여재산 토지에 관한 소유권이전등기가 그 귀속권리자에게 경료되었다고 하더라도 이는 쌍방대리금지 원칙에 반하지 않는다(98두5279). 원고 소송복대리인으로서 변론기일에 출석하여 소송행위를 하였던 변호사가 피고 소송복대리인으로도 출석하여 변론한 경우라도, 당사자가 그에 대하여 아무런 이의를 제기하지 않았다면 그 소송행위는 소송법상 완전한 효력이 생긴다(94다44903). 원고의 소송대리인이 원고승계참가인의 소송행위를 대리하였다 하여 쌍방대리금지의 원칙에 저촉되지 않는다(90다9520, 9537).

433) ‘본인의 허락’이 있는지 여부는 이익충돌의 위험을 회피하기 위한 입법 취지에 비추어 쌍방대리행위에 관하여 유효성을 주장하는 자가 주장·증명책임을 부담하고, 이때의 ‘허락’은 명시된 사전 허락 이외에도 ‘묵시적 허락’ 또는 ‘사후 추인’의 방식으로 가능하다(대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결).

434) 민법 제128조(임의대리의 종료) 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 전조의 경우 외에 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸한다. 법률관계의 종료 전에 본인이 수권행위를 철회한 경우에도 같다.

435) ① 배임적 대리행위에 대한 민법 제107조 제1항 단서의 유추적용; 대리권이나 회사·법인의 대표권 남용에 관하여 민법 제107조(비진의표시) 제1항 단서를 유추적용하여 상대방이 ‘악의’ 또는 ‘유과실’인 경우 무효로 보는 것이 대다수 판례의 입장이나, 신의칙을 적용하여 상대방이 ‘악의’인 경우 무효로 보는 견해를 취한 일부 판례(2016다222453)도 있다. ▶ ② 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다64669 판결; “진의 아닌 의사표시가 대리인에 의하여 이루어지고 그 대리인의 진의가 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 위한 배임적인 것임을 그 상대방이 알았거나 알 수 있었을 경우에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 대리인의 행위에 대하여 본인은 아무런 책임을 지지 않는다고 보아야 하고” ③ 2006다43767; “부분적 포괄대리권을 가진 상업사용인이 그 범위 내에서 한 행위는 실사 상업사용인이 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 남용한 것이라 할지라도 일단 영업주 본인의 행위로서 유효하나, 그 행위의 상대방이 상업사용인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 행위에 대하여 영업주 본인에 대하여 무효가 되고,” ④ 97다7721; “지배인의 행위가 영업에 관한 것으로서 대리권한 범위 내의 행위라 하더라도 영업주 본인의 이익이나 의사에 반하여 자기 또는 제3자의 이익을 도모할 목적으로 그 권한을 행사한 경우에 그 상대방이 지배인의 진의를 알았거나 알 수 있었을 때에는 민법 제107조 제1항 단서의 유추해석상 그 지배인의 행위에 대하여 영업주 본인은 아무런 책임을 지지 않는다”

의 사후적인 추인은 원고의 재항변 사실이 아니라 별개의 예비적 청구원인사실에 해당한다.

상대방이 비현명 대리인(= 피고)을 계약 당사자로 삼아 이행청구를 하는 경우, 위 ①, ② 및 ③의 ⑥, ⑦는 항변사실이 된다(민법 제115조 본문의 원칙 규정에 기한 청구와 단서의 예외 규정에 기한 항변).

(2) 대리권의 존부에 관한 증명책임

대리행위로 의사표시를 한 경우 대리권의 존부에 관한 증명책임은 원칙적으로 대리권의 존재를 주장하는 측에게 있다.⁴³⁷⁾

436) ㉠ 자(子)의 재산에 관한 친권자의 대리권 남용

민법 제920조(자의 재산에 관한 친권자의 대리권) 법정대리인인 친권자는 자의 재산에 관한 법률행위에 대하여 그 자를 대리한다. 그러나 그 자의 행위를 목적으로 하는 채무를 부담할 경우에는 본인의 동의를 얻어야 한다.

㉠ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다64669 판결: “법정대리인인 친권자의 대리행위가 객관적으로 볼 때 미성년자 본인에게는 경제적인 손실만을 초래하는 반면, 친권자나 제3자에게는 경제적인 이익을 가져오는 행위이고, 그 행위의 상대방이 이러한 사실을 알았거나 알 수 있었을 때에는, 민법 제107조 제1항 단서의 규정을 유추적용하여 그 행위의 효과는 자에게는 미치지 않는다고 해석함이 상당하다.” ㉡ 법정대리인 소외인이 미성년자 원고들을 대리하여 원고들 소유 토지를 피고에게 매각한 사안에서, 이는 본인인 원고들의 이익을 무시하고 오로지 법정대리인과 제3자의 이익을 위하여서만 행하여진 대리권 남용 행위로서 계약상대방 피고로서는 매매 계약 당시 소외인이 임의로 원고들의 이익이나 의사에 반하여 토지를 매각하려 한다는 배임적인 사정을 알고 있었거나 알 수 있었다고 보아 본인인 원고들에게 매매계약의 효력이 미치지 않는다고 하고 피고 명의 소유권이 전등기의 말소를 인용한 사례. ㉢ 2008다73731: “친권자가 자를 대리하는 법률행위는 친권자와 자 사이의 이해상반행위에 해당하지 않는 한, 그것을 할 것인가 아닌가는 자를 위하여 친권을 행사하는 친권자가 자를 둘러싼 여러 사정을 고려하여 행할 수 있는 재량에 맡겨진 것으로 보아야 할 것이므로, 이와 같이 친권자가 자를 대리하여 행한 자 소유의 재산에 대한 처분행위에 대해서는 그것이 사실상 자의 이익을 무시하고 친권자 본인 혹은 제3자의 이익을 도모하는 것만을 목적으로 하여 이루어졌다고 하는 등 친권자에게 자를 대리할 권한을 수여한 법의 취지에 현저히 반한다고 인정되는 사정이 존재하지 않는 한 친권자에 의한 대리권의 남용에 해당한다고 쉽게 단정지을 수 없다 할 것이다. … 미성년인 자의 재산에 대한 친권자의 처분행위가 친권의 남용에 해당하는지 여부는 … 처분재산의 상실이라고 하는 객관적·편면적 관점에서만 판단할 것은 아니고, 그 처분을 둘러싼 친권자와 자 사이의 이해상반 여부, 위 처분과 관련한 이해당사자들 사이의 이해관계의 조율 기타 그 처분에 이르기까지의 경위와 관련 이해당사자들의 입장과 의사 등 주관적, 객관적 사정들을 합하여 종합적인 관점에서 예외적으로 친권의 남용에 해당한다고 볼 만한 사정이 적극적으로 입증되어야 할 것” ㉣ 망인 명의 토지가 명의 신탁된 것이었을 가능성이 있다는 점 등을 고려하여, 친권자(망인의 처)가 미성년자인 딸과 공동상속받은 토지를 망인의 형인 피고에게 증여한 행위가 친권의 남용에 해당하지 않는다고 하여 피고 명의 소유권이전등기의 말소를 배척한 예. ㉤ 반면에, 친권자인 모가 미성년자인 자의 법정대리인으로서 자의 유일한 재산을 아무런 대가도 받지 않고 증여하였고 상대방이 그 사실을 알고 있었던 경우, 그 증여는 친권 남용에 의한 것이므로 그 효과는 자에게 미치지 않는다고 한 예로는 96다43928 판결 참조.

437) ㉠ 대법원 2012. 12. 27. 선고 2011다67651 판결: “원고는 피고로부터 처분권을 위임받은 소외 회사와 사이에 이 사건 개발양도계약을 체결하였다고 주장하고 있으므로, 소외 회사에게 적법한 처분권이 있었다는 점은 원고에게 증명할 책임이 있다.” ㉡ 2008다42195: “인감도장 및 인감증명서는 대리권을 인정할 수 있는 하나의 자료에 지나지 아니하고 이에 의하여 당연히 피고에게 원고를 대리하여 양도담보부 금전소비대차계약을 체결하거나 위 계약에 대한 공정증서 작성을 촉탁할 대리권이 인정되는 것은 아니며, 대리권이 있다는 점에 대한 입증책임은 그 효과를 주장하는 피고에게 있다.” ㉢ 원고는 피고에게 물건 매도를 위임하면서 인감도장 및 인감증명서를 교부하였는데, 피고가 이를 이용하여 채권자(피고) 본인 겸 채무자(원고)의 대리인으로서 양도담보부 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁하였으므로, 공정증서가 원고를 대리할 권한이 없는 피고의 촉탁에 의하여 작성된 것으로서 무효라고 주장하고, 피고는 원고가 대출금을 변제하지 못함으로 인하여 피고가 입은 손해의 보전 등을 위하여 피고에게 인감도장 및 인감증명서를 교부하면서 권한을 위임하여 공정증서의 작성을 촉탁하게 하였으므로, 공정증서가 유효하다고 주장한 사안에서, 원심이, 공정증서가 원고를 대리할 적법한 권한이 없는 피고의

법률행위의 체결·성립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이, 대리와 사자(본인이 완성해 둔 의사표시의 단순한 전달자)를 구별하는 결정적 기준·징표가 될 수는 없고, 상대방의 합리적 시각을 중심으로 살펴보아야 한다.⁴³⁸⁾

임의대리권은 그것을 수여하는 본인의 행위, 즉 수권행위⁴³⁹⁾에 의하여 발생하는 것이므로 어느 행위가 대리권 범위 내의 행위인지 여부는 개별적인 수권행위의 내용이나 그 해석에 의하여 판단하여야 한다.⁴⁴⁰⁾

촉탁에 의하여 작성되었다고 인정할 증거가 없다는 이유로 원고의 청구이의 청구를 기각한 데 대하여, 대법원은, 원심판결에 입증책임을 전도한 위법이 있다고 한 예.

438) 대법원 2024. 1. 4. 선고 2023다225580 판결: “본인에게 효력이 발생할 의사표시의 내용을 스스로 결정하여 상대방과의 관계에서 자신의 이름으로 법률행위를 하는 대리인과 달리 ‘사자’는 본인이 완성해 둔 의사표시의 단순한 전달자에 불과하지만, 대리인도 본인의 지시에 따라 행위를 하여야 하는 이상(민법 제116조 제2항), 법률행위의 체결 및 성립 여부에 관한 최종적인 결정권한이 본인에게 유보되어 있다는 사정이 대리와 사자를 구별하는 결정적 기준이나 징표가 될 수는 없다. 그 구별은 의사표시 해석과 관련된 문제로서, 상대방의 합리적 시각, 즉 본인을 대신하여 행위하는 자가 상대방과의 외부적 관계에서 어떠한 모습으로 보이는지 여부를 중심으로 살펴보아야 하고, 이러한 사정과 더불어 행위자가 지칭한 자격·지위·역할에 관한 표시 내용, 행위자의 구체적 역할, 행위자에게 일정한 범위의 권한이나 재량이 부여되었는지 여부, 행위자가 그 역할을 수행함에 필요한 전문적인 지식이나 자격의 필요 여부, 행위자에게 지급할 보수나 비용의 규모 등을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 한다. … 변호사가 각종 권리의무의 발생과 법적 책임 등 복잡한 법률관계가 수반되는 당사자 사이의 계약의 체결을 위한 일련의 교섭 과정에 어느 일방을 위한 자문의 역할로 개입한 경우, 그 행위가 대리에 해당하는지 혹은 단순한 사자에 불과한지 다투어지는 경우에도 마찬가지이다.”

439) 대리권을 수여하는 수권행위는 불요식의 행위로서 명시적인 의사표시에 의함이 없이 묵시적인 의사표시에 의하여 할 수도 있으며, 어떤 사람이 대리인의 외양을 가지고 행위하는 것을 본인이 알면서도 이익을 하지 아니하고 방임하는 등 사실상의 용태에 의하여 대리권의 수여가 추단되는 경우도 있다(대법원 2016. 5. 26. 선고 2016다 203315 판결).

440) 대법원 2015. 12. 23. 선고 2013다81019 판결: “임의대리에 있어서 대리권의 범위는 수권행위(대리권수권행위)에 의하여 정하여지는 것이므로 어느 행위가 대리권의 범위 내의 행위인지의 여부는 개별적인 수권행위의 내용이나 그 해석에 의하여 판단할 것이나, 일반적으로 말하면 수권행위의 통상의 내용으로서의 임의대리권은 그 권한에 부수하여 필요한 한도에서 상대방의 의사표시를 수령하는 이른바 수령대리권을 포함하는 것으로 보아야 한다. … 어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 수권된 법률행위를 하게 되면 그것으로 대리권의 원인된 법률관계는 원칙적으로 목적을 달성하여 종료하는 것이고, 법률행위에 의하여 수여된 대리권은 그 원인된 법률관계의 종료에 의하여 소멸하는 것이므로(민법 제128조), 그 계약을 대리하여 체결하였던 대리인이 체결된 계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다. 한편 아파트 등 건물의 분양업무에 관한 대리권을 수여받은 자의 업무가 개별적인 분양계약의 체결에 그치는 것이 아니라, 사정에 따라 그 일부 분양의 취소 내지 해제와 이에 따른 보완적인 재분양 계약의 체결 등 거래행위를 순차적, 계속적으로 수행하는 것을 필요로 하고 분양계약에 달리 정함이 없는 경우에는, 일반 거래상대방의 보호를 위하여는 이러한 모든 행위가 일률적으로 그 업무범위 내에 속한다고 보아야지, 그중에서 분양계약의 취소, 해제를 따로 떼어 그 업무는 본인이 이를 직접 수행하든지 분양업무를 맡은 대리인에게 별도의 특별수권을 하여야 한다고 새겨서는 안 될 것이다.” — ❶ 부동산의 소유자로부터 매매계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 매매계약에서 약정한 바에 따라 중도금이나 잔금을 수령할 권한도 있다고 보아야 한다(93다39379). ❷ 매매계약의 체결과 이행에 관하여 포괄적으로 대리권을 수여받은 대리인은 약정된 매매대금 지급기일을 연기하여 줄 권한도 가진다고 보아야 하므로, 그 연기에 관한 대리권을 가지고 있지 않았다는 점에 관한 증명책임은 본인에게 있다(91다43107). ❸ 수급인이 도급인으로부터 공사대금의 지급에 갈음하여 건물 소유권을 이전받기로 하면서 분양권을 위임받아 건물을 다 매도하여 그 매매대금으로 공사대금에 충당하기로 약정하였다면 수급인은 도급인의 대리인으로서 건물을 분양할 수 있는 지위를 가지고 있다(2007다14759). ❹ 사업자등록 명의와 통장을 빌려준 등의 사정이 있다 하여 당연히 거래의 차용행위까지 할 수 있는 포괄적인 대리권을 수여한 것으로 볼 수는 없다(2009다7779). ❺ 구분소유자의 관리단집회 의결권의 위임이나 대리권 수여가 반드시 개별적·구체적으로 이루어져야만 한다고 볼 근거가 없으므로, 구분소유자나 수분양자가 임차인 등에게 사전적·포괄적으로 의결권을 위임할 수도 있다(2011다79258). 주주는 의결권 행사를 포괄적으로 위임

어떠한 계약의 체결에 관한 대리권을 수여받은 대리인이 그 계약을 대리하여 체결하였다 하여, 계약의 해제, 타인 채무의 인수, 면책 등의 처분 권한까지 가지고 있다고 볼 수는 없다.⁴⁴¹⁾

대리로 공정증서 작성이 촉탁된 경우 공정증서 정본의 공증인 직접 작성 부분의 진정 성립은 추정되나, 그에 의하여 인정할 수 있는 사실은 대리인으로서 공정증서의 촉탁을 하였다는 것일 뿐이고, 대리 촉탁자에게 적법한 대리권이 있다는 점까지 당연히 인정되는 것은 아니다.⁴⁴²⁾ 채권자가 채무자의 대리인으로서 채무 금액이나 이율, 변제기 등 일부 백지상태의 위임장을 보충하여 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁한 경우, 위임장의 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점을 채권자가 별도로 증명하여야 한다.⁴⁴³⁾

위임에 의한 소송대리인이 가지는 대리권의 범위에는, 특별수권을 필요로 하는 사항을 제외한 소송수행에 필요한 일체의 소송행위를 할 권한뿐만 아니라, 소송목적인 채권의 변제를 채무자로부터 수령하는 권한을 비롯하여⁴⁴⁴⁾ 위임을 받은 사건에 관한 실체법상

할 수 있고 그 대리인은 재위임할 수도 있다(2013다56839).

441) ① 통상적으로 본인을 위하여 금융기관과 사이에 대출거래약정과 그에 관한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 대리인은 그 대출금을 수령할 권한도 있다고 볼 수 있으나, 그렇다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 대리권을 수여받은 대출거래약정 및 담보권설정계약을 넘어서서 타인의 채무를 인수하도록 하는 약정까지 체결할 수 있는 대리권을 수여받은 것으로 볼 수는 없다(대법원 2013. 6. 27. 선고 2012다63878 판결). ② 대리인에게 물품공급계약의 체결 및 그로 인한 대금의 수급에 관한 권한이 주어져 있다고 하여 채무자의 채무를 제3자가 면책적으로 인수하도록 함으로써 채무자로 하여금 면책시키는 약정을 할 수 있는 권한까지 주어진 것이라고 볼 수는 없다(94다45029). ③ 예금계약의 체결을 위임받은 자가 가지는 대리권에 당연히 그 예금을 담보로 대출을 받거나 이를 처분할 수 있는 대리권이 포함되어 있는 것은 아니다(2000다38992). ④ 매수병의자를 대리하여 매매계약을 체결하였다 하여 곧바로 그 제3자가 매수인을 대리하여 매매계약의 해제 등 일체의 처분권과 상대방의 의사를 수령할 권한까지 가지고 있다고 볼 수 없다(96다51271). 통상 대부종개업자가 전주를 위하여 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약을 체결할 대리권을 수여받은 것으로 인정되는 경우라 하더라도 특별한 사정이 없는 한 일단 금전소비대차계약과 그 담보를 위한 담보권설정계약이 체결된 후에 이를 해제할 권한까지 당연히 가지고 있다고 볼 수는 없다(대법원 2021. 10. 14. 선고 2021다243430 판결). ⑤ 채권자가 채무자를 대리하여 부동산에 관한 매매 등의 처분행위를 할 수 있는 권한을 위임받은 경우, 채권의 회수를 위하여 선량한 관리자로서의 주의를 다하여 채무자가 직접 부동산을 처분하는 것과 같이 널리 원매자를 물색하여 부동산을 매매 등의 방법으로 적정한 시기에 매도한 다음 그 대가로 자신의 채권에 충당하고 나머지가 있으면 채무자에게 이를 정산할 의무가 있는 것이지, 자신의 개인적인 채무를 변제하기 위하여 다른 채권자와 임의로 부동산의 가치를 협의, 평가하여 그 가액 상당의 채무에 대한 대물변제조로 양도할 권한이 있는 것은 아니다(97다22720).

442) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다65331 판결.

443) 대법원 2013. 8. 22. 선고 2011다100923 판결: "타인에게 권한을 위임하거나 대리권을 수여하는 내용의 위임장 등이 작성된 경우 그에 의하여 위임한 행위의 내용 및 권한의 범위는 위임장 등 문언의 내용뿐 아니라 그 작성 목적과 작성 경위 등을 두루 살펴, 신중하게 판단하여야 한다. 특히 위임장 등에 기재된 내용 중 일부가 백지인 상태로 교부된 후 수임인이 그 위임사항의 내용을 보충하여 기재한 경우라면 그것이 정당하게 위임받은 권한에 의하여 보충된 것이라는 점 역시 수임인이 증명할 책임이 있다. 따라서 채권자가 본인 겸 채무자의 대리인으로서 금전소비대차계약 공정증서의 작성을 촉탁할 경우 그 촉탁에 관하여 대리권을 수여하는 위임장을 교부한 사실이 있다는 것만으로, 그 위임장에 기재된 채무의 금액이나 이율, 변제기 등에 대하여 사전에 그 내용대로 합의한 사실이 있거나 채권자가 보충할 권한을 위임받았다고 쉽게 인정할 것은 아니고, 특히 백지보충된 부분이 정당한 보충권한에 의하여 기재된 것이라는 점은 채권자가 별도로 증명하여야 한다."

사법행위를 하는 권한도 포함된다.⁴⁴⁵⁾

민법상 법인이나 비법인사단의 대표자는 그 업무를 포괄적으로 위임할 수 없다.⁴⁴⁶⁾ 공동대표이사의 1인이 그 대표권의 행사를 다른 공동대표이사에게 일반적, 포괄적으로 위임하는 것도 허용되지 않는다.⁴⁴⁷⁾ 친권자와 그 자 간 또는 수인의 자 간의 이해상반행위에 대한 특별대리인(민법 제921조)의 권한도 '특정'의 법률행위에 한정된다.⁴⁴⁸⁾

등기에 제3자가 개입된 경우 등기절차의 적법 추정력 때문에 제3자의 대리권의 존재가 법률상 추정되고, 그 등기가 원인무효임을 이유로 말소를 청구하는 쪽에서 제3자에게 대리권이 없었다든가, 또는 제3자가 등기서류를 위조하였다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.⁴⁴⁹⁾

444) 민사소송법 제90조(소송대리권의 범위) ① 소송대리인은 위임을 받은 사건에 대하여 반소·참가·강제집행·가압류·가처분에 관한 소송행위 등 일체의 소송행위와 변제의 영수를 할 수 있다.

445) 대법원 2015. 10. 29. 선고 2015다32585 판결; 원고가 피고들을 상대로 임대차계약의 종료에 따른 점포의 인도 및 연체차입 또는 차입 상당 부당이득의 지급 등을 함께 구하는 소를 제기하였다가, 제1심 소송 계속 중에 피고들이 2014. 6. 23. 원고 소송대리인에게 건물의 출입 열쇠를 우편으로 발송하여, 원고가 2014. 7. 1.경 원고 소송대리인으로부터 위 열쇠를 수령함으로써 점포를 인도받았다는 이유로 점포의 인도청구 부분은 기각되었고, 이에 원고가 항소를 제기한 다음 원심에서 위 인도청구 부분의 소를 취하한 사실관계하에서, '소송대리권이 제한되지 아니하는 변호사인 원고 소송대리인으로서 그 위임받은 위 사건에 대하여 소송목적인 채권의 급부를 수령할 수 있으므로, 원고 소송대리인이 피고들로부터 건물의 출입 열쇠를 수령하였다면 이는 그의 대리권 범위 내에서 소송목적에 관한 급부를 수령한 것으로서, 이로써 원고가 위 열쇠를 수령하여 점포를 인도받았다고 할 수 있다'고 하여, 이와 달리 원심이, 원고 소송대리인이 위 열쇠를 수령한 시기를 밝히지 아니한 채 원고가 위 열쇠를 소송대리인으로부터 넘겨받은 2014. 7. 1.경에 점포를 인도받았다는 잘못된 전제에서, 피고들이 그때까지 점포를 점유하였다고 보고 불법점유기간 및 차입 상당 손해배상액을 산정한 것은 위법이라고 한 예.

446) 민법 제62조(이사의 대리인 선임) 이사는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있다. ● 비법인사단에 대하여는 사단법인에 관한 민법 규정 가운데 법인격을 전제로 하는 것을 제외하고는 이를 유추적용하여야 할 것인데, 민법 제62조의 규정에 비추어 보면 비법인사단의 대표자는 정관 또는 총회의 결의로 금지하지 아니한 사항에 한하여 타인으로 하여금 특정한 행위를 대리하게 할 수 있을 뿐 비법인사단의 제반 업무처리를 포괄적으로 위임할 수는 없으므로 비법인사단 대표자가 행한 타인에 대한 업무의 포괄적 위임과 그에 따른 포괄적 수입인의 대행행위는 민법 제62조의 규정에 위반된 것이어서 비법인사단에 대하여 그 효력이 미치지 않는다(2008다15438).

447) 공동대표제도를 인정한 것은 대외관계에서 수인의 대표이사가 공동으로만 대표권을 행사할 수 있게 하여 업무집행의 통일성을 확보하고, 대표권 행사의 신중을 기함과 아울러 대표이사 상호간의 견제에 의하여 대표권의 남용 내지는 오용을 방지하여 회사의 이익을 도모하려는 데 그 취지가 있기 때문이다(89다카3677). 공동지배인의 경우도 같다.

448) 민법 제921조의 특별대리인 제도는 친권자와 그 친권에 복종하는 자 사이 또는 친권에 복종하는 자들 사이에서 서로 이해가 충돌하는 경우에는 친권자에게 친권의 공정한 행사를 기대하기 어려우므로, 친권자의 대리권 및 동의권을 제한하여 법원이 선임한 특별대리인으로 하여금 이들 권리를 행사하게 함으로써 친권의 남용을 방지하고 미성년인 자의 이익을 보호하려는 데 그 취지가 있으므로, 특별대리인은 이해가 상반되는 특정한 법률행위에 관하여 개별적으로 선임되어야 한다. 따라서 특별대리인선임신청서에는 선임되는 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 적시하여야 하고, 법원도 그 선임 심판 시에 특별대리인이 처리할 법률행위를 특정하여 이를 심판의 주문에 표시하는 것이 원칙이며, 특별대리인에게 미성년자가 하여야 할 법률행위를 무엇이든지 처리할 수 있도록 포괄적으로 권한을 수여하는 심판을 할 수는 없다. 법원이 그 주문에 특별대리인이 처리할 법률행위를 적시하지 아니한 채 단지 특정인을 미성년자를 위한 특별대리인으로 선임한다는 내용만 기재한 경우에도, 그 특별대리인의 권한은 선임신청서에서 신청의 원인으로 적시한 특정한 법률행위에 한정되고 그 밖의 다른 법률행위에 대하여는 권한이 없다(96다1139).

449) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다37831 판결; "소유권이전등기가 전 등기명의인의 직접적인 처분행위에 의한 것이 아니라 제3자가 그 처분행위에 개입된 경우 현 등기명의인이 그 제3자가 전 등기명의인의 대리인이라고

본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 않는 한 ‘복대리인의 선임’에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하다.⁴⁵⁰⁾

나) 표현대리

(1) 주장책임

유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으므로, 따로 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립 여부를 심리 판단할 필요가 없다.⁴⁵¹⁾ 당사자가 표현대리를 주장함에는 무권대리인과 표현대리에 해당하는 무권대리행위를 특정하여 주장하여야 하고, 당사자의 표현대리 항변은 그 항변에 의하여 특정된 무권대리인의 행위에만 미치고 그 밖의 무권대리인이나 무권대리행위에는 미치지 아니한다.⁴⁵²⁾

(2) 민법 제125조 표현대리

민법 제125조⁴⁵³⁾ 표현대리(대리권 수여의 표시에 의한 표현대리)에 기한 표현대리 상

주장하더라도 현 소유명의인의 등기가 적법히 이루어진 것으로 추정되므로, 그 등기가 원인무효임을 이유로 그 말소를 청구하는 전 소유명의인으로서의 반대사실, 즉 그 제3자에게 전 소유명의인을 대리할 권한이 없었든가 또는 제3자가 전 소유명의인의 등기서류를 위조하는 등 등기절차가 적법하게 진행되지 아니한 것으로 의심할 만한 사정이 있다는 등의 무효사실에 대한 증명책임을 진다.” ◀ 근저당권설정등기의 경우도 동일하다(93다18914). 친권자의 채무를 담보하기 위하여 미성년자 소유의 부동산에 관하여 특별대리인에 의해 타인 명의로 근저당권설정등기가 경료된 경우에도, 그 근저당권설정등기의 무효를 주장하는 자가 특별대리인이 권한 없이 그 등기를 경료한 것이라는 점을 증명하여야 한다(96다1139).

450) 임의대리인의 복임권에 관하여, 민법 제120조는 “대리권이 법률행위에 의하여 부여된 경우에는 대리인은 본인의 승낙이 있거나 부득이한 사유 있는 때가 아니면 복대리인을 선임하지 못한다.”라고 규정하고 있는데, 판례(2005다22701, 22718)는, “대리의 목적인 법률행위의 성질상 대리인 자신에 의한 처리가 필요하지 아니한 경우에는 본인이 복대리금지의 의사를 명시하지 아니하는 한 복대리인의 선임에 관하여 묵시적인 승낙이 있는 것으로 보는 것이 타당하므로, 외국인 주주로부터 의결권 행사를 위임받은 상임대리인은 특별한 사정이 없는 한 그 의결권 행사의 취지에 따라 제3자에게 그 의결권의 대리행사를 재위임할 수 있다.”고 한다.

451) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결: “변론에서 당사자가 주장한 주요사실만이 심판의 대상이 되는 것으로서 여기에서 주요사실이라 함은 법률효과를 발생시키는 실체법상의 구성요건 해당사실을 말하는 것인바, 대리권에 기한 대리의 경우나 표현대리의 경우나 모두 제3자가 행한 대리행위의 효과가 본인에게 귀속된다는 점에서는 차이가 없으나 유권대리에 있어서는 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 위와 같은 법률효과가 발생하는 반면 표현대리에 있어서는 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 것으로서 표현대리가 성립된다고 하여 무권대리의 성질이 유권대리로 전환되는 것은 아니므로, 양자의 구성요건 해당사실 즉 주요사실은 서로 다르다고 볼 수 밖에 없다. 그러므로 유권대리에 관한 주장 가운데 무권대리에 속하는 표현대리의 주장이 포함되어 있다고 볼 수 없으며, 따로이 표현대리에 관한 주장이 없는 한 법원은 나아가 표현대리의 성립 여부를 심리판단할 필요가 없다고 할 것이다.” ⇨ 유권대리의 법률행위에 기한 청구권과 표현대리책임에 따른 청구권은 별개의 실체법상 권리로 보아야 하므로(구소송물이론), 원고 주장과 다른 실체법상 권리에 기하여 판결하는 것은 처분권주의 측면에서 허용되지 아니한다.

452) 대법원 1984. 7. 24. 선고 83다카1819 판결.

453) 민법 제125조(대리권 수여의 표시에 의한 표현대리) 제3자에 대하여 타인에게 대리권을 수여함을 표시한 자는 그 대리권의 범위 내에서 행한 그 타인과 그 제3자간의 법률행위에 대하여 책임이 있다. 그러나 제3자가 대리권 없음을 알았거나 알 수 있었을 때에는 그러하지 아니하다.

대방의 본인에 대한 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① ‘본인이 표현대리인에게 (임의) 대리권을 수여함을 상대방에게 표시한 사실(= 대리권 수여의 표시)’,⁴⁵⁴⁾ ② ‘표현대리인이 본인을 위한 것임을 표시하고 위 대리권의 범위 내에서 상대방과 법률행위를 한 사실(= 대리행위)’⁴⁵⁵⁾이다.

민법 제125조 단서의 주장·증명책임에 관하여는, 표현대리의 책임을 면하려는 ‘본인’이 상대방의 ‘악의 또는 유과실’에 대한 주장·증명책임을 진다는 데에 학설이 일치되어 있으므로,⁴⁵⁶⁾ 이는 본인의 항변사실에 해당한다.

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, 원고로서는 통상 먼저 ‘유권대리’에 기하여 청구할 것이므로 위 ①, ② 사실은 원고의 ‘유권대리’ 청구원인사실 속에 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이다.

(3) 민법 제126조 표현대리

민법 제126조⁴⁵⁷⁾ 표현대리(권한을 넘은 표현대리)에 기한, 표현대리 상대방⁴⁵⁸⁾의 본인에 대한 이행청구의 청구원인 요건사실은, ① ‘대리인에게 일정한 범위의 기본대리권(법정대리권 포함)이 있는 사실(= 기본대리권의 발생원인 사실)’,⁴⁵⁹⁾ ② ‘대리인이 기본대리권을

454) ◎ 대리권 수여의 표시

○ 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결: “민법 제125조가 규정하는 대리권 수여의 표시에 의한 표현대리는 본인과 대리행위를 한 자 사이의 기본적인 법률관계의 성질이나 그 효력의 유무와는 관계없이 어떤 자가 본인을 대리하여 제3자와 법률행위를 함에 있어 본인이 그 자에게 대리권을 수여하였다는 표시를 제3자에게 한 경우에 성립하는 것인바, ... 피고가 ‘소외 1에게 이 사건 계약 체결에 관한 대리권을 수여하였다.’는 표시를 원고에게 하였다고 인정할 증거를 찾을 수 없으므로, 소외 1의 이 사건 계약체결행위가 민법 제125조의 표현대리에 해당한다는 원고의 주장은 받아들일 수 없다.”

○ 대법원 2001. 8. 21. 선고 2001다31264 판결: “서류를 교부하는 방법으로 대리권 수여의 표시가 있었다고 하기 위하여는 본인을 대리한다고 하는 자가 제출하거나 소지하고 있는 서류의 내용과 그러한 서류가 작성되어 교부된 경위나 형태 및 대리행위라고 주장하는 행위의 종류와 성질 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다.” ⁴⁵⁴ 피고가 매도인란에 피고 무인이 찍혀져 있는 매매계약서 용지를 소외인에게 교부함으로써 대리권 수여를 표시하였으므로 그의 매매계약 체결에 표현대리 책임이 있다는 원고의 주장을 배척한 예.

○ 대법원 1998. 6. 12. 선고 97다53762 판결: “본인에 의한 대리권 수여의 표시는 반드시 대리권 또는 대리인이라는 말을 사용하여야 하는 것이 아니라 사회통념상 대리권을 추단할 수 있는 직함이나 명칭 등의 사용을 승낙 또는 묵인한 경우에도 대리권 수여의 표시가 있는 것으로 볼 수가 있다.”

455) 85다카1268: “최OO가 계약당사자도 아닌 원고를 대리하여 위 변OO과 근저당권설정계약을 체결하고 그 설정 등기를 한 것이라고 할 수는 없을 것이므로 위 최OO가 원고를 대리하여 법률행위를 하였음을 전제로 하는 표현대리이론은 여기에 적용할 여지가 없을 것이다.”

456) 민법주해 총칙 (3), 1992, 134면(차한성 집필); 주석민법 총칙 (3), 2001, 143면(지원립 집필).

457) **민법 제126조(권한을 넘은 표현대리)** 대리인이 그 권한 외의 법률행위를 한 경우에 제3자가 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는 때에는 본인은 그 행위에 대하여 책임이 있다.

458) 96다21751: “표현대리에 관한 민법 제126조의 규정에서 제3자라 함은 당해 표현대리행위의 직접 상대방이 된 자만을 지칭하는 것이고, 이는 위 규정을 표현대리에 의한 어음·수표행위의 효력에 적용 또는 유추적용할 경우에 있어서도 마찬가지로 해석함이 상당하다.”

459) ① 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다23425 판결: “민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립하려면, 대리인이라 칭하는 자에게 기본대리권이 있어야 하고 상대방에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 할 것” ⁴⁵⁵ 소외 1은 피고 강남지사의 영업점에서 과장으로 불리며 근무하던 3급 사원으로서, 피고의 거래처를 정기적으

넘어 본인을 위한 것임을 표시하고⁴⁶⁰⁾ 상대방과 법률행위를 한 사실(= 권한 유월의 대리행

로 방문하여 거래처의 새로운 통신수요를 파악하고 이에 맞는 통신서비스를 제안하여, 그에 따라 거래처가 새로운 통신 서비스의 제공을 원하는 경우 이에 관한 사항을 사업추진보고서로 작성하여 탑장인 소외 2에게 보고하는 업무를 담당하였을 뿐, 스스로 피고를 대리하여 영업과 관련된 계약을 체결할 권한을 가지지는 않았던 점을 알 수 있으므로, 소외 1에게 피고를 대리할 기본대리권이 있었다고 할 수 없다고 한 예. ② 97다48982: '대리인이 사자 내지 임의로 선임한 복대리인을 통하여 권한 외의 법률행위를 한 경우, 상대방이 그 행위자를 대리권을 가진 대리인으로 믿었고 또한 그렇게 믿는 데에 정당한 이유가 있는 때에는, 복대리인 선임권이 없는 대리인에 의하여 선임된 복대리인의 권한도 기본대리권이 될 수 있을 뿐만 아니라, 그 행위자가 사자라고 하더라도 대리행위의 주체가 되는 대리인이 별도로 있고 그들에게 본인으로부터 기본대리권이 수여된 이상, 민법 제126조를 적용함에 있어서 기본대리권의 흠결 문제는 생기지 않는다.' ③ 97다3828: '권한을 넘는 표현대리 규정은 거래의 안전을 도모하여 거래상대방의 이익을 보호하려는 데에 있으므로 법정대리라고 하여 임의대리와는 달리 그 적용이 없다고 할 수 없고, 따라서 한정치산자의 후견인이 친족회의 동의를 얻지 않고 피후견인의 부동산을 처분하는 행위를 한 경우에도 상대방이 친족회의 동의가 있다고 믿은 데에 정당한 사유가 있는 때에는 본인인 한정치산자에게 그 효력이 미친다.' ④ 91다32190: '민법 제126조의 표현대리가 성립하기 위하여는 무권대리인에게 법률행위에 관한 기본대리권이 있어야 하는바, ... 피고 회사로부터 위임받은 고객의 유치, 투자상담 및 권유, 위탁매매약정 실적의 제고 등의 업무는 사실행위에 불과하다고 할 것이므로 ... 기본적 대리권이 없음을 이유로 권한초과의 표현대리 성립을 부인하였음은 정당하고'

460) ⑥ 대리인이 본인인 것처럼 행위한 경우

① 대법원 2002. 6. 28. 선고 2001다49814 판결: '민법 제126조의 표현대리는 대리인이 본인을 위한다는 의사를 명시 혹은 묵시적으로 표시하거나 대리의사를 가지고 권한 외의 행위를 하는 경우에 성립하고, 사술을 써서 위와 같은 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 도용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 위 법조 소정의 표현대리는 성립될 수 없는 것이다.' ② 피고의 처였던 소외 1이 남편인 피고 몰래 소외 2와 공모하여 피고 주민등록증의 사진을 떼어내고 소외 2의 사진을 붙인 다음 그 주민등록증 사본을 원고 은행 직원에게 제출하는 방법으로 소외 2가 피고인 것처럼 가장하여 차용금증서 등에 피고의 인장을 날인함으로써 위조하고, 피고 소유 부동산을 담보로 대출받은 사안에서, '소외 1은 대출 이전에 피고로부터 일정한 기본대리권을 수여받았거나 피고의 처로서 일상 가사대리권이 있었는데, 다만, 자신이 직접 피고의 대리인으로서 원고로부터 대출을 받은 것이 아니라, 소외 2로 하여금 피고 본인인 것처럼 행세하도록 하여 원고를 속이고 대출을 받았는데, 원고로서는 소외 2가 피고 본인인 것으로 믿었고 그 믿는 데에 정당한 이유가 있으므로, 피고는 대출에 대하여 민법 제126조 소정의 표현대리책임을 있다'는 원고의 주장에 대하여, 원심이, '사술을 써서 대리행위의 표시를 하지 아니하고 단지 본인의 성명을 도용하여 자기가 마치 본인인 것처럼 상대방을 기망하여 본인 명의로 직접 법률행위를 하는 경우에는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 민법 제126조 소정의 표현대리의 법리를 유추적용할 수 있다'고 할 것인데, 여기서 '특별한 사정'이란 '본인을 모용한 사람에게 본인을 대리할 기본대리권이 있었고, 상대방으로서는 모용자가 본인 자신으로서 본인의 권한을 행사하는 것으로 믿은 데 정당한 사유가 있었던 사정'을 의미한다고 전체한 후, 피고를 모용한 소외 2가 피고를 대리할 어떠한 기본대리권이 있다는 점에 관하여 아무런 주장·입증이 없다고 판단하여 원고의 위 주장을 배척한 데 대하여, 대법원도, 원심의 판단이 옳다고 수긍하고, '소외 1과 소외 2의 행위를 총체적으로 하나로 보아 표현대리의 법리를 유추적용하여야 한다'는 주장은 독자적인 견해에 불과하여 받아들일 수 없다고 한 예. ③ 92다52436: '본인으로부터 아파트에 관한 임대 등 일체의 관리권한을 위임받아 본인으로 가장하여 아파트를 임대한 바 있는 대리인이 다시 자신을 본인으로 가장하여 임차인에게 아파트를 매도하는 법률행위를 한 경우에는 권한을 넘는 표현대리의 법리를 유추적용하여 본인에 대하여 그 행위의 효력이 미친다고 볼 수 있다.' ④ 77다1669: '대리인을 본인 자신으로 잘못 믿은 것이 일반거래관념에비추어 당시의 구체적 상황에서는 무리도 아니었다고 할 수 있는 경우에 본인 자신의 행위로 믿었던 선의의 상대방을 위해서 본인 자신으로 자처한 대리인의 행위에 대하여 본인의 책임을 인정함이 상당하다고 할 것이고 이는 거래에 있어서 선의의 제3자를 보호하기 위하여 대리권한이 없는 행위에 대하여도 일정한 한도에서 본인에게 책임을 인정한 표현대리제도의 취지에 비추어 의당 시인되어야 할 것이므로(선의의 제3자를 보호함에 있어서 양자 간에 차이를 인정할 수 없으므로, 표현대리에 관한 제도를 이에 유추적용하는 것이 부당하다고 하여야 할 이유가 없다) 원심이 소외 100가 원고 자신임을 가장하고, 원고 자신으로서 한 행위에 대하여 표현대리에 관한 규정에 따라 본인인 원고에게 그 책임을 인정한 조치는 능히 시인될 수 있으므로,'

⑥ 대리인이 당사자인 경우

① 99다67598: 중증으로부터 임야의 매각과 관련한 권한을 부여받은甲이 임야의 일부를 실질적으로 자기가 매수하여 그 처분권한이 있다고 하면서 乙로부터 금원을 차용하고 그 담보를 위하여 위 임야에 대하여 양도담보 계약을 체결한 경우, 이는 중증을 위한 대리행위가 아니어서 그 효력이 중증에게 미치지 아니하고, 민법 제126

위), ③ '상대방이 대리인에게 기본대리권을 넘은 법률행위를 할 권한이 있다고 믿을만한 정당한 사유가 있는 사실(= 정당한 사유의 존재 = 상대방의 선의·무과실)'이다.

본인의 과실은 요건사실이 아니므로, 본인이 무과실이라 하더라도 표현대리책임을 면하지 못한다.

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, 원고로서는 통상 먼저 '유권대리'에 기하여 청구할 것이므로 위 ①, ② 사실은 원고의 '유권대리' 청구원인 판단 과정에서 이미 주장·증명되어 드러나 있는 경우가 많을 것이다.

'정당한 이유'의 주장·증명책임에 관하여는, '상대방'이 정당한 이유 또는 자신의 선의·무과실에 대한 주장·증명책임을 진다는 견해⁴⁶¹⁾와 '본인'이 상대방의 악의 또는 유과실의 주장·증명책임을 진다는 견해⁴⁶²⁾로 대별된다. 입법자가 세 가지의 표현대리 간에 상대방 보호의 필요성 측면에서 의도적으로 차이를 두고 제각각의 규정 형식을 정했다고 보아야 하고 그러한 입법자의 명시적인 객관적 의사를 해석으로 무시할 것은 아니므로, 전자의 견해가 옳다. 판례도 전자의 입장으로 볼 수 있다.⁴⁶³⁾

정당한 이유의 존부⁴⁶⁴⁾ 465)는 자칭 대리인의 '대리행위 당시'에 존재하는 모든 사정을

조의 표현대리의 법리가 적용될 수도 없다고 한 사례. ② 92다33329: 소외인이 원고의 대리인으로서 매매계약을 체결하였다면 표현대리 문제가 나올지 몰라도, 원고로부터 매수한 자기 소유라 하여 피고에게 매도한 이상, 그 매매계약의 당사자는 소외인이고 원고는 그 당사자가 아니므로, 표현대리 이론을 적용할 수는 없다고 한 사례. ③ 91다3208: 乙이 甲으로부터 부동산에 관한 담보권설정절의 대리권만 수여받았고 그 부동산에 관하여 자기 앞으로 소유권이전등기를 하고 이어서 丙에게 그 소유권이전등기를 경료한 경우, 丙은 乙을 甲의 대리인으로 믿고서 위 등기의 원인행위를 한 것도 아니고, 甲도 乙 명의의 소유권이전등기가 경료된 데 대하여 이를 통정·용인하였거나 이를 알면서 방지하였다고 볼 수 없다면 이에 민법 제126조나 제108조 제2항을 유추할 수는 없다고 한 사례.

461) 주석민법 총칙 (3), 2001, 189면(지원림 집필). 민법 제125조 또는 민법 제129조와 구별되는 본조의 규정 형식 및 본조의 표현대리에 있어서 상대방 보호의 필요성이 다른 유형의 표현대리에 비하여 낮다는 점을 근거로 한다.

462) 민법주해 총칙 (3), 1992, 160면(차한성 집필). 본조가 다른 표현대리에 비하여 상대방 보호의 필요성을 달리할 이유는 없다고 보이므로 표현대리 전반과 통일적으로 고려하여야 함을 근거로 한다.

463) "소외인이 소외회사에 대한 대출관련업무를 취급하고 있었다는 사유만으로 ... 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있다고 할 수 없다 하여 원고의 표현대리 주장을 배척하고 있는바, ... 표현대리와 입증책임에 관한 법리 오해의 잘못이 없으므로"(88다카28228), "민법 제126조의 권한을 넘은 표현대리가 성립하려면, 대리인이라 칭하는 자에게 기본대리권이 있어야 하고 상대방에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있어야 할 것"(2007다23425), "권한을 넘은 표현대리에 있어서 본인에게 대리인이 한 책임을 지우게 하려면 제3자인 상대방이 선의였다는 점과 아울러 그가 대리인에게 대리할 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있었다는 점만을 판정하면 되는 것이지 그 상대방인 제3자가 무과실이었던 점은 판단할 필요가 없다 할 것이다. 왜냐하면 제3자의 선의와 제3자가 대리인에게 그 권한이 있다고 믿을만한 정당한 이유가 있다 함은 한편으로 제3자에게 과실이 없었다는 것까지도 나타내는 것이기 때문이다."(63다428)등의 판시 참조.

464) ◎ 정당한 이유의 '긍정례'

① 부동산 매도를 위임받은 대리인이 자신의 채무 지급을 담보하기 위하여 양도담보계약을 체결한 사안에서, 대리인이 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 모두 교부받아 이를 상대방에게 제시하며 부동산을 처분할 대리권이 있음을 표명하였다면 상대방으로서는 대리권이 있다고 믿는 데에 정당한 이유가 있었다고 볼 수 있고, 더 나아가 본인에 대해 직접 대리권 수여 여부를 확인해보아야만 하는 것은 아니라고 한 예(2009다46828). ② 무권대리인이 제출한 본인의 인감증명서가 본인이 발급받은 것이고 그 용도란에 "보증보험연대보증용"이라는 문구가 기재되어 있는 등 보증보험약정서상의 연대보증인이 되겠다는 의사가 객관적으로 표명된 연대

객관적으로 관찰하여 판단하여야 한다.⁴⁶⁶⁾

과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다(민법 제129조와 제126조의 복합 적용).⁴⁶⁷⁾ 마찬가지로 민법 제125조와 제126조의 복합 적용에 의한 표현대리의 성립도 가능하다.

보증인의 인감증명서가 제출된 경우에는, 연대보증계약 체결에 앞서 보증인에게 직접 보증의사를 확인할 것을 요구하지 않는다고 한 예(2002다2478). ㉠ 보증보험약정서상의 연대보증인으로 임보한다는 의사가 객관적으로 표명된 인감증명서가 제출되어 있고, 함께 제출된 한 묶음의 서류 중 일부의 인영날인 상태가 불량하지만 나머지 서류에 날인된 인영이 뚜렷하고 인감증명서의 그것과 동일하다면 날인상태가 불량한 서류의 진정성립이나 대리 권한의 유무까지 별도로 조사하여야 할 의무는 없다고 한 예(2001다5654). ㉡ 본인의 자필서명을 받지 아니한 사정만으로 표현대리의 성립을 부정한다면 모든 대리행위에 있어 본인의 출석을 요구하여야 한다는 결과를 초래하여 결국 대리행위의 필요성을 부정하는 데까지 나아갈 우려가 있어 받아들이기 어렵고, 대리인에 의한 보증보험계약 체결 시 반드시 본인에게 전화로 확인하여야 할 의무가 있다고 볼 수도 없다고 한 예(97다9895).

465) ㉢ 정당한 이유의 '부정례'

㉠ 부동산 매도를 위임받은 대리인이 자신의 채무 지급에 갈음하여 대물변제계약을 체결한 사안에서, 계약 체결 후 비로소 본인으로부터 소유권이전등기에 필요한 서류와 인감도장을 교부받았다면 상대방이 대리인에게 부동산을 대물변제로 제공할 대리권이 있다고 믿은 데에 정당한 이유가 있다고 할 수 없다고 한 예(2009다46828). ㉡ 금융기관이 채무자 본인의 서명날인 또는 채무자의 보증의사 확인 등 계약체결에 관한 사무처리규정을 마련하여 둔 경우에는 연대보증계약을 체결하면서 그와 같은 사무처리규정을 준수하였는지 여부가 표현대리에서 정당한 이유가 있는지 여부를 판단하는 요소가 될 수 있다(2007다30331). ㉢ 남편이 처에게 타인의 채무를 보증함에 필요한 대리권을 수여한다는 것은 사회통념상 이례에 속하므로, 처가 특별한 수권 없이 남편을 대리하여 위와 같은 행위를 하였을 경우에 그것이 민법 제126조 소정의 표현대리가 되려면 그 처에게 일상가사대리권이 있었다는 것만이 아니라 상대방이 처에게 남편이 그 행위에 관한 대리의 권한을 주었다고 믿었음을 정당화할 만한 객관적인 사정이 있어야 한다(98다18988; 처가 임의로 남편의 인감도장과 용도란에 아무런 기재 없이 대리방식으로 발급받은 인감증명서를 소지하고 남편을 대리하여 친정 오빠의 할부판매보증보험계약상의 채무를 연대보증한 경우, 남편의 표현대리 책임을 부정한 예). ㉣ '자동차판매회사의 영업소 직원이 자동차구매자나 그의 연대보증인으로 하여금 할부판매보증보험 청약서를 작성하게 하고 이를 보험회사에 제출하는 등의 역할을 담당하는 것은 단순히 자동차구매자의 편의만을 위함이 아니고 보험회사와 자동차판매회사와 사이에 어떠한 계약 관계가 있어 자동차판매회사의 직원이 보험회사를 대리하여 계약 체결을 하는 것이거나 보험회사의 계약 체결을 보조하는 것으로 볼 여지가 충분히 있고, 만약 보험회사를 대리하거나 보험회사의 보험계약 체결을 보조하는 지위에 있는 자동차판매회사의 영업소 직원이 연대보증인으로부터 교부받은 보증용 인감증명서와 인감도장을 소지하고 있음을 기화로 아무런 권한 없이 그 연대보증인이 지정한 피보증인이 아닌 사람을 위하여 보증을 한 것처럼 보증보험청약서를 작성한 후 관계 서류를 보험회사에 제출하였다면, 자동차구매자 겸 보험계약자의 연대보증인에게 할부판매보증보험계약에 따른 구상금채무에 관하여 표현대리 법리에 의한 책임을 부담시킬 수는 없다.'고 한 예(97다55478). ㉤ 일반적으로 부동산의 소유자가 아닌 제3자로부터 근저당권을 취득하려는 자로서는 근저당권설정계약을 함에 있어서 그 소유자에게 과연 담보제공의 의사가 있는지의 여부 및 그 제3자가 소유자로부터 담보제공에 관한 위임을 받았는지 여부를 서류상 또는 기타의 방법으로 소유자에게 확인하여 보는 것이 보통이라 할 것이므로 만약 그러한 조사를 하지 아니하였다면 그 제3자에게 소유자를 대리할 권한이 있다고 믿은 데에 과실이 있다고 한 예(94다34425).

466) 무권대리인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있는가의 여부는 대리행위인 매매계약 당시를 기준으로 결정하여야 하고 매매계약 성립 이후의 사정은 고려할 것이 아니므로, 무권대리인이 매매계약 후 그 이행단계에서야 비로소 본인의 인감증명과 위임장을 상대방에게 교부한 사정만으로는 상대방이 무권대리인에게 그 권한이 있다고 믿을 만한 정당한 이유가 있었다고 단정할 수 없다(대법원 2018. 7. 24. 선고 2017다2472 판결).

467) 대법원 2008. 1. 31. 선고 2007다74713 판결; "민법 제126조에서 말하는 권한을 넘은 표현대리는 현재에 대리권을 가진 자가 그 권한을 넘은 경우에 성립하는 것이지, 현재에 아무런 대리권도 가지지 아니한 자가 본인을 위하여 한 어떤 대리행위가 과거에 이미 가졌던 대리권을 넘은 경우에만 성립하는 것은 아니라고 할 것이고, 한편 과거에 가졌던 대리권이 소멸되어 민법 제129조에 의하여 표현대리로 인정되는 경우에 그 표현대리의 권한을 넘는 대리행위가 있을 때에는 민법 제126조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다."

(4) 민법 제129조 표현대리

민법 제129조⁴⁶⁸⁾ 표현대리(대리권 소멸 후의 표현대리) 책임의 요건사실은, ① '표현대리인의 대리권(법정대리권 포함)이 존재하였다가 소멸한 사실(= 종전 대리권의 소멸)', ② '표현대리인이 대리권 소멸 후에 본인을 위한 것임을 표시하고 위 대리권의 범위 내에서 상대방과 법률행위를 한 사실(= 무권대리행위)', ③ '상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못한 사실(= 상대방의 선의)'이다.⁴⁶⁹⁾

실제 소송에서 상대방(원고)이 본인(피고)에게 이행청구를 하는 경우라면, '유권대리'에 기한 원고의 이행청구 → 피고의 대리권 소멸 항변 → '표현대리'에 기한 원고의 '예비적' 청구(원고가 대리권 소멸 사실을 알지 못한 사실, 민법 제129조 본문) → 피고의 항변(원고가 대리권 소멸을 과실로 알지 못한 사실, 민법 제129조 단서)의 순으로 공방이 이루어진다고 보아야 한다.⁴⁷⁰⁾

대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있으나,⁴⁷¹⁾

468) 민법 제129조(대리권소멸후의 표현대리) 대리권의 소멸은 선의의 제삼자에게 대항하지 못한다. 그러나 제삼자가 과실로 인하여 그 사실을 알지 못한 때에는 그러하지 아니하다.

469) 민법 제129조 표현대리에서 상대방의 선의 여부, 과실 유무의 주장·증명책임에 관하여, '본인'이 상대방의 '약의 또는 유과실'의 주장·증명책임을 진다는 견해(다수설)와 '상대방'은 자신의 '선의'에 대한 주장·증명책임을 지고 '본인'은 상대방의 '과실'에 대한 주장·증명책임을 진다는 견해(소수설)로 대별된다(민법주해 총칙 (3), 1992, 196면(차한성 집필); 주석민법 총칙 (3), 2001, 233면(지원림 집필)). 이에 관한 판례는 보이지 않으나, 세 가지 표현대리 사이에는 각각의 외관에 대하여 상대방이 갖는 신뢰가치에 차이가 있고, 그에 따라 입법자가 앞서의 두 가지 표현대리와는 의도적으로 구별하여 중간적 입장에서 본조의 규정 형식을 정했다고 보아야 하므로(즉, 상대방의 외관에 대한 신뢰 정도는 민법 제125조 > 민법 제129조 > 민법 제126조의 순이고, 그 순서에 따라 상대방 보호에 차등을 두어 선의, 무과실의 증명책임에 관하여 민법 제125조는 본인에게, 민법 제129조는 양자에게, 민법 제126조는 상대방에게 각각 분배하여 의도적으로 규정한 것으로 볼 수 있다), 상대방의 선의를 사실상 추정함은 별론으로 하고 주장·증명책임의 분배에서는 후자의 견해가 옳다고 생각된다.

민법주해 총칙 (3), 1992, 197면(차한성 집필)과 주석민법 총칙 (3), 2001, 233면(지원림 집필)은, "대법원 1983. 12. 13. 선고 83다카1489 전원합의체 판결이 표현대리를 주장하는 자에게 무과실의 입증책임이 있다고 한 원심판결은 입증책임을 전도한 위법이 있다는 취지의 상고이유를 배척함으로써 결과적으로 상대방에게 선의·무과실의 주장·입증책임을 요구하고 있는 것으로 보인다."라고 기재하고 있으나, 위 판결은, "원고는 원심변론 종결 시까지 표현대리에 관한 주장을 한 바 없으므로 원심으로서서는 소외 김OO이 무권대리인이라고 판단한 이상 더 나아가 표현대리의 성립 여부까지 판단한 필요가 없었던 것이다. 필경 표현대리에 관한 원심판단 부분은 불필요한 부분으로서 이 부분에 소론과 같이 입증책임을 전도한 허물이 있다고 하여도 판결 결론에는 영향이 없다고 하겠으니 위 논지는 이유 없다."라고 판시한 것이어서 위와 같은 기재는 옳지 않은 것이다.

다수설에 따르면, 위 ①, ②만이 표현대리 책임의 요건사실이고, '상대방의 약의 또는 유과실'은 본인의 항변사실이 된다.

470) '표현대리에 기한 원고의 예비적 청구'를 '원고의 재항변'으로, 그다음 '피고의 항변'을 '피고의 재재항변'으로 위치시킬 수도 있으나, 앞서 본 바처럼 판례는, 본인이 대리인에게 수여한 대리권의 효력에 의하여 법률효과가 발생하는 '유권대리'와 대리권이 없음에도 불구하고 법률이 특히 거래상대방 보호와 거래안전 유지를 위하여 본래 무효인 무권대리행위의 효과를 본인에게 미치게 한 '표현대리' 양자를 별개의 구성요건으로 보므로, 유권대리 주장과 표현대리 주장은 별개의 소송물로서 주위적·예비적 청구의 관계로 봄이 옳다.

471) 대법원 1998. 5. 29. 선고 97다55317 판결; "표현대리의 법리는 거래의 안전을 위하여 어떠한 외관적 사실을 야기할 때 원인을 준 자는 그 외관적 사실을 믿음에 정당한 사유가 있다고 인정되는 자에 대하여는 책임이 있다는 일반적인 권리외관 이론에 그 기초를 두고 있는 것인 점에 비추어 볼 때, 대리인이 대리권 소멸 후 직접

대표이사의 퇴임등기가 된 경우에 대하여는 민법 제129조를 적용할 수 없다.⁴⁷²⁾

(5) 기 타

공증인에 대한 소송행위인 공정증서상 집행 인낙의 의사표시에는 민법상 표현 대리 규정이 적용·준용될 수 없고, 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 집행 권원으로서의 효력이 없다.⁴⁷³⁾ 교회의 대표자가 권한 없이 행한 교회 재산의 처분행위에 대하여는 민법 제126조의 표현대리에 관한 규정이 준용되지 아니한다.⁴⁷⁴⁾ 표현대리행위가 성립하는 경우에 그 본인은 표현대리행위에 의하여 전적인 책임을 져야 하고, 상대방에게 과실이 있다고 하더라도 과실상계의 법리를 유추적용하여 본인의 책임을 경감할 수 없다.⁴⁷⁵⁾

상대방과 사이에 대리행위를 하는 경우는 물론, 대리인이 대리권 소멸 후 복대리인을 선임하여 복대리인으로 하여금 상대방과 사이에 대리행위를 하도록 한 경우에도, 상대방이 대리권 소멸 사실을 알지 못하여 복대리인에게 적법한 대리권이 있는 것으로 믿었고, 그와 같이 믿은 데 과실이 없다면 민법 제129조에 의한 표현대리가 성립할 수 있다.”

472) 대법원 2009. 12. 24. 선고 2009다60244 판결: “상변에 의하여 등기할 사항은 이를 등기하지 아니하면 선의의 제3자에게 대항하지 못하나, 이를 등기한 경우에는 제3자가 등기된 사실을 알지 못한 데에 정당한 사유가 없는 한 선의의 제3자에게도 대항할 수 있는 점(상법 제37조) 등에 비추어, 대표이사의 퇴임등기가 된 경우에 대하여 민법 제129조의 적용 내지 유추적용이 있다고 한다면 상업등기에 공시력을 인정할 의미가 상실될 것이어서, 이 경우에는 민법 제129조의 적용 또는 유추적용을 부정할 것이다.” ㉠ 원심이, 원고가 2005. 7. 4. 피고의 종전 대표이사이던 소외 1 또는 소외 1을 대리한 소외 1의 남편 소외 2와 사이에 준소비대차계약을 체결하였으나, 같은 달 1. 피고의 대표이사를 소외 1에서 소외 3으로 변경하는 내용의 등기가 마쳐졌으므로, 준소비대차계약의 효력을 피고에 대하여 주장할 수 없다고 판단한 것은 정당하다고 한 예.

473) ① 82다카1758: “집행인낙 의사표시는 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 소송행위이고 이러한 소송행위에는 민법상의 표현대리 규정이 적용 내지는 준용될 수 없다고 할 것이므로, 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성된 공정증서는 채권자는 물론 합동법률사무소나 공증인이 대리권이 있는 것으로 믿었는가 아닌가, 믿을 만한 정당한 이유가 있는가 없는가에 관계없이 채무명(집행권원)으로서의 효력은 부정되어야 할 것” ② 2006다2803: “공정증서상의 집행인낙의 의사표시는 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대한 채무자의 단독 의사표시로서 성규의 방식에 따라 작성된 증서에 의한 소송행위이어서, 대리권 흠결이 있는 공정증서 중 집행인낙에 대한 추인의 의사표시 또한 당해 공정증서를 작성한 공증인가 합동법률사무소 또는 공증인에 대하여 그 의사표시를 공증하는 방식으로 하여야 하므로, 그러한 방식에 의하지 아니한 추인행위가 있다 한들 그 추인행위에 의하여는 채무자가 실제법상의 채무를 부담하게 된은 별론으로 하고 무효의 채무명이가 유효하게 될 수는 없는바”

474) 대법원 2009. 2. 12. 선고 2006다23312 판결.

475) 대법원 1996. 7. 12. 선고 95다49554 판결.